

LA CALIDAD DE LA LEY: UNA PROPUESTA PARA SU MEJORA LA QUALITÉ DE LA LOI : UNE PROPOSITION POUR SON AMÉLIORATION

TOMÁS VÁZQUEZ LÉPINETTE
MARÍA BAHNINI



**LA CALIDAD DE LA LEY: UNA PROPUESTA
PARA SU MEJORA**

**LA QUALITÉ DE LA LOI : UNE
PROPOSITION POUR SON AMÉLIORATION**

Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE - María BAHNINI

Coordinación: Unidad de ejecución Proyecto ADL

Traducción: Sara Durán Tomás y Ludivine Duquenoy

FIIAPP

C/ Beatriz de Bobadilla 18, 4ª planta • 28040 Madrid (España)

ISBN: 978-84-692-4331-2

Depósito Legal: M-40.024-2009

Coordination: Unité d'exécution Proyecto ADL

Traduction: Sara Durán Tomás et Ludivine Duquenoy

FIIAPP

Rue Beatriz de Bobadilla 18, 4ème étage • 28040 Madrid (Espagne)

ISBN: 978-84-692-4331-2

Dépôt Légal: M-40.024-2009

Índice

PRÓLOGO	13
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 2. ¿QUÉ ES UN ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO?	19
2.1. INTRODUCCIÓN	20
2.2. CONCEPTO Y ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	20
2.3. TIPOS DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	21
2.3.1. Por el enfoque material del análisis	21
2.3.2. Por el enfoque temporal del análisis	22
2.3.3. Por la normativa objeto de análisis	24
2.3.4. Por el fundamento jurídico del análisis de impacto regulatorio	25
2.3.5. Por el órgano de control de la calidad normativa	25
2.4. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE UN ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	26
2.4.1. El análisis coste-beneficio	26
2.4.2. El tipo de descuento	27
2.4.3. Evaluación del riesgo	28
2.4.4. Efectos sobre la competencia	28
2.4.5. Efectos sociales de la regulación y, en particular, sobre la reducción de la pobreza	30
2.5. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN	31
2.6. EL INFORME DE EVALUACIÓN	32
2.7. LA CALIDAD DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	34

2.7.1. Introducción	34
2.7.2. Controles de cumplimiento formal	35
2.7.3. Controles de cumplimiento material	36
2.7.4. Control de efectividad del análisis de impacto regulatorio	37
CAPÍTULO 3. LA INTRODUCCIÓN DE UN SISTEMA DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN MARRUECOS: BENEFICIOS Y OBSTÁCULOS	39
3.1. INTRODUCCIÓN	40
3.2. BENEFICIOS DEL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	40
3.3. LOS OBSTÁCULOS AL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	42
CAPÍTULO 4. LAS PRECONDICIONES PARA LA INTRODUCCIÓN DE UN SISTEMA DE ANÁLISIS REGULATORIO EN MARRUECOS	45
4.1. LA MAXIMIZACIÓN DEL RESPALDO POLÍTICO	46
4.1.1. Participantes	46
4.1.2. Fundamento jurídico del análisis de impacto regulatorio	47
4.1.3. Del apoyo presupuestario a largo plazo al mecanismo de análisis de impacto	47
4.2. LA RECOGIDA DE INFORMACIÓN	48
4.2.1. Información	48
4.2.2. Recomendaciones	48
4.3. LOS RECURSOS HUMANOS EN EL ANÁLISIS REGULATORIO	48
4.3.1. Los equipos de análisis regulatorios	48
4.3.2. La formación de los legisladores	49
4.3.3. Recomendaciones	49

CAPÍTULO 5. LOS ELEMENTOS INSTITUCIONALES DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN MARRUECOS	51
5.1. LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO ENCARGADO DE LA REALIZACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	52
5.1.1. El órgano encargado de la realización del análisis de impacto regulatorio	52
5.1.2. Recomendaciones	53
5.2. PRIORIZACIÓN DE LOS SECTORES OBJETO DE UN ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	53
5.2.1 Priorización	53
5.2.2. Recomendaciones	54
5.3. LA INTEGRACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN EL PROCESO NORMOGENÉTICO	54
5.3.1. Análisis de impacto regulatorio y proceso de creación de las normas	54
5.3.2. Recomendaciones	55
5.4. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	55
5.4.1. El sistema de evaluación de impacto debe tener un carácter dual	55
5.4.2. Recomendaciones	55
5.5. LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO RESPECTO DE LA REGULACIÓN PREEXISTENTE Y LA DE NUEVA CREACIÓN	56
5.6. LA PUBLICIDAD DEL INFORME DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO	56
CAPÍTULO 6. ALGUNOS EJEMPLOS DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO 'EX-POST'	57
6.1. INTRODUCCIÓN	58
6.2. LEY DE GESTIÓN DELEGADA	58
6.2.1. Ámbito de aplicación de la ley	59
6.2.2. Elección de la entidad delegada	59

6.2.3. Economía general del contrato de gestión delegada	60
6.2.4. Derechos y obligaciones de la entidad delegada	63
6.2.5. Derechos y obligaciones de la autoridad delegante	67
6.3. LEY SOBRE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	67
6.3.1. Forma	68
6.3.2. Fondo	68
6.4. LEY N° 1-08-18 DE 23 DE MAYO DE 2008 DE MODIFICACIÓN DE LA LEY N° 17-95 DE SOCIEDADES ANÓNIMAS	76
6.4.1. Simplificación de las formalidades de constitución	76
6.4.2. Introducción de un nuevo modo de ejercer la dirección general	77
6.4.3. Refuerzo de los mecanismos de control	78
6.4.4. Reducción de algunas sanciones penales	79
6.5. RECOMENDACIONES	79
6.5.1. Realización de una pausa legislativa	79
6.5.2. Consolidación de lo existente	79
CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	81
7.1. CONCLUSIONES	82
7.2. RECOMENDACIONES	82
7.2.1. Sobre la estructura, fundamentación legal y funcionamiento del órgano de control de la calidad legislativa	82
7.2.2. Sobre el contenido del análisis de impacto regulatorio	83
7.2.3. Sobre la publicidad del análisis de impacto regulatorio	83
BIBLIOGRAFÍA	85

Index

PROLOGUE	91
CHAPITRE I. INTRODUCTION	93
CHAPITRE 2. QU'EST-CE QU'UNE ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE ?	97
2.1. INTRODUCTION	98
2.2. LE CONCEPT D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE	98
2.3. TYPES D'ANALYSES D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE	99
2.3.1. Type défini par l'approche sectorielle de l'analyse	99
2.3.2. Type défini par l'approche temporelle de l'analyse	100
2.3.3. Type défini par la réglementation objet de l'analyse	102
2.3.4. Type défini par le fondement juridique de l'analyse d'impact réglementaire	103
2.3.5. Type défini par l'organisme de contrôle de la qualité réglementaire	103
2.4. LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS D'UNE ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE	104
2.4.1. L'analyse coûts/avantages	104
2.4.2. Le taux de réduction	106
2.4.3. L'évaluation des risques	106
2.4.4. Les effets sur la concurrence	107
2.4.5. Les effets de la réglementation sur la société, notamment sur la réduction de la pauvreté	109
2.5. LE SYSTÈME D'ÉVALUATION	109
2.6. LE RAPPORT D'ÉVALUATION	110
2.7. LA QUALITÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE	112

2.7.1. Introduction	112
2.7.2. Les contrôles de conformité formelle	113
2.7.3. Les contrôles de conformité matérielle	114
2.7.4. Le contrôle de l'efficacité de l'analyse d'impact réglementaire	115

CHAPITRE 3. LA MISE EN ŒUVRE D'UN SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE AU MAROC : AVANTAGES ET OBSTACLES

117

3.1. INTRODUCTION

118

3.2. AVANTAGES DE LA MISE EN ŒUVRE D'UN SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

118

3.3. LES OBSTACLES À LA MISE EN ŒUVRE D'UN SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

120

CHAPITRE 4. LES CONDITIONS PRÉALABLES À L'INTRODUCTION D'UN SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE AU MAROC

123

4.1. LA MAXIMISATION DU SOUTIEN POLITIQUE

124

4.1.1. Les parties prenantes

124

4.1.2. Le fondement juridique de l'analyse d'impact réglementaire

125

4.1.3. Du soutien budgétaire à long terme au système d'analyse d'impact

125

4.2. LA COLLECTE DE DONNÉES

126

4.2.1. Les données

126

4.2.2. Recommandations

126

4.3. LES RESSOURCES HUMAINES EN MATIÈRE D'ANALYSE RÉGLEMENTAIRE

126

4.3.1. Les groupes de travail chargés des analyses réglementaires

126

4.3.2. La formations des législateurs

127

4.3.3. Recommandations

127

CHAPITRE 5. LE CADRE INSTITUTIONNEL DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE AU MAROC	129
5.1. QUI DOIT CONDUIRE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE ?	130
5.1.1. L'instance chargée de réaliser l'analyse d'impact réglementaire	130
5.1.2. Recommandations	131
5.2. QUELS SONT LES SECTEURS QUI ONT LA PRIORITÉ EN MATIÈRE D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE ?	131
5.2.1. Les secteurs prioritaires	131
5.2.2. Recommandations	132
5.3. L'INTÉGRATION DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE DANS LE PROCESSUS D'ÉLABORATION DES RÉGLEMENTATIONS	132
5.3.1. Analyse d'impact réglementaire et processus de création des réglementations	132
5.3.2. Recommandations	133
5.4. LE SYSTÈME D'ÉVALUATION DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE	133
5.4.1. Le système d'évaluation d'impact doit avoir un caractère dualiste	133
5.4.2. Recommandations	133
5.5. L'APPLICATION DE L'ANALYSE D'IMPACT À LA RÉGLEMENTATION EXISTANTE COMME À LA NOUVELLE RÉGLEMENTATION	134
5.6. LA PUBLICITÉ DU RAPPORT D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE	134
CHAPITRE 6. DES EXEMPLES DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE 'EX-POST'	135
6.1. INTRODUCTION	136
6.2. LA LOI SUR LA GESTION DÉLÉGUÉE	136
6.2.1. Domaine d'application de la loi	137
6.2.2. Le choix du délégataire	137

6.2.3. L'économie générale du contrat de gestion déléguée	138
6.2.4. Les droits et obligations du délégataire	141
6.2.5. Les droits et obligations du délégant	145
6.3. LA LOI SUR L'ARBITRAGE ET LA MÉDIATION	145
6.3.1. La forme	146
6.3.2. Le fond	146
6.4. LA LOI N° 1-08-18 DU 23 MAI 2008 MODIFIANT LA LOI N° 17-95 DU 3À AOÛT 1996 RELATIVE À LA SOCIÉTÉ ANONYME	154
6.4.1. L'assouplissement du formalisme de constitution	154
6.4.2. L'introduction d'une nouvelle modalité d'exercice de la direction générale	155
6.4.3. Le renforcement des mécanismes de contrôle	156
6.4.4. L'allègement de certaines sanctions pénales	157
6.5. RECOMMANDATIONS	157
6.5.1. Faire une pause législative	157
6.5.2. Consolider l'existant	158
CHAPITRE 7. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	159
7.1. CONCLUSIONS	160
7.2. RECOMMANDATIONS	160
7.2.1. Sur la structure, le fondement juridique et le fonctionnement de l'organe de contrôle de la qualité législative	160
7.2.2. Sur le contenu de l'analyse d'impact réglementaire	161
7.2.3. Sur la publicité de l'analyse d'impact réglementaire	161
BIBLIOGRAPHIE	163

LA CALIDAD DE LA LEY: UNA PROPUESTA PARA SU MEJORA

Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE - María BAHNINI

PRÓLOGO

La presente publicación, que forma parte de los estudios realizados en el marco del proyecto «ADL», para la modernización de la administración de justicia en Marruecos, ha sido elaborada para mostrar el marco jurídico del mundo de los negocios en el Reino de Marruecos.

Dicho estudio consta de una presentación en la que se evalúan las principales leyes modernas del ámbito mercantil marroquí, puesto que en realidad no sólo se presentan las leyes mercantiles, sino que además se analiza su impacto en el mundo del comercio y en la economía en general.

Por esa razón, este profundo estudio también institucionaliza un mecanismo, pocas veces abordado, el del análisis del impacto del marco jurídico en el mundo de los negocios y las instituciones vinculadas.

La metodología para evaluar la legislación, en particular cuando se trata de la normativa de un ámbito vital como el de los negocios, constituye actualmente una herramienta indispensable para la evaluación de los sistemas jurídicos. Dicha metodología permite actualizar las reglas del derecho y garantizar su calidad, así como contribuir a reforzar la capacidad de las instituciones encargadas de la aplicación de esa normativa.

Ese tipo de estudios son de una gran importancia ya que forman parte de la estrategia cuyo objetivo es garantizar la seguridad jurídica, velar por la efectividad de los textos legales y asegurar la eficacia de las instituciones encargadas de la aplicación de los mismos.

El citado estudio no se limita a los aspectos teóricos, sino que también expone una serie de postulados prácticos que permiten que el mecanismo de evaluación pueda aplicarse, y propone soluciones reales para superar las dificultades de la aplicación práctica.

El estudio presenta ejemplos concretos de la operación de análisis del impacto del marco jurídico que regula el ámbito mercantil, y en particular la gestión delegada, el arbitraje, la mediación y las sociedades anónimas.

Las conclusiones y las recomendaciones que constan en este estudio, elaborado por dos eminentes expertos, son de una gran importancia científica y práctica, y contribuyen tanto al desarrollo del marco jurídico mercantil en Marruecos como a la creación de una atmósfera adecuada para los negocios.

Abdelmjid Rhomija
Director de Estudios, Cooperación y Modernización
Ministerio de Justicia – Reino de Marruecos
Codirector del proyecto ADL

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Tomás Vázquez Lépinette

Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Mercantil y abogado

Marruecos ha realizado durante el último decenio un importante avance en materia de legislación y, en particular, de legislación mercantil. En los últimos años se han promulgado una serie de leyes cuya característica común es una voluntad de transformación de la realidad, y no un mero sistema de recopilación de los usos y prácticas nacidas del tráfico jurídico.

Sin carácter exhaustivo, estas leyes son las siguientes:

- Dahir n° 1-96-83 del 15 rabii I 1417 (1 de agosto de 1996) de promulgación de la Ley n° 15-95 aprobatoria del Código de Comercio.
- Dahir n° 1-99-327 du 21 ramadan 1420 (30 de diciembre de 1999) de promulgación de la Ley n° 81-99 modificativa de la Ley n° 17-95 relativa a las sociedades anónimas, y el Dahir n° 1-06-21 de 14 febrero 2006 de promulgación de la Ley n° 21-05 de modificación y complemento de la Ley n° 5-96 relativa a las otras formas societarias.
- Dahir n° 1-05-178 de 15 moharrem 1427 de promulgación de la ley n° 34-03 relativa a las entidades de crédito y entes asimilados.
- El Código Aduanero, aprobado por el Dahir de 9 de octubre de 1977 de promulgación de la Ley n° 1-77-339, en la redacción dada por la Ley n° 02-99 promulgada por el Dahir 1-00-222 de 5 junio de 2000.
- Dahir n° 1-00-225 del 2 rabii I 1421 (5 de junio de 2000), de promulgación de la Ley n° 06-99 relativa a la competencia (Consejo de la Competencia).
- Dahir n° 1-05-190 del 15 moharrem 1427 (14 de febrero de 2006) de promulgación de la Ley n° 31-05 de modificación y complemento n° 17-97 relativo a la propiedad industrial e intelectual.
- Dahir n° 1-06-15 du 15 moharrem 1427 (14 de febrero de 2006) de promulgación de la Ley n° 54-05 relativa a la gestión delegada de los servicios públicos.
- Dahir n° 1-97-65 de 4 chaoual 1417 (12 de febrero de 1997) de promulgación de la Ley n° 53-95 relativa a la creación de los tribunales de comercio.
- Dahir n° 1-07-169 de 19 kaada 1428 (30 noviembre 2007) de promulgación de la Ley n° 08-05 de arbitraje y mediación.

Este extraordinario trabajo, que sin lugar a dudas ha respondido al claro impulso político de modernizar las infraestructuras marroquíes, incluyendo las jurídicas, no se ha visto, sin embargo, acompañado de una revisión sistemática de la legislación marroquí y de una evaluación de sus efectos. Por tanto, el jurista, el juez, el inversor nacional o extranjero, e incluso el mismo legislador carecen de referencias sistemáticas que les permitan comparar lo que se pretendía obtener con la regulación creada y lo que realmente se obtiene de la misma, así como sus costes y sus consecuencias, positivas y, en ocasiones, negativas¹.

¹ A título de ejemplo, valga el siguiente. El Informe del Banco Mundial sobre Marruecos, *Évaluation du Climat de l'Investissement*, 2005, p. 47, señala que: «En effet, ce qui ressort de l'enquête est que, d'une manière générale,

Es por ello que hemos entendido que podría ser útil, no tanto proponer concretas modificaciones normativas en el Derecho mercantil marroquí, como en términos más generales, sentar las bases de un mecanismo de evaluación de la producción normativa. Y más precisamente, señalar los puntos que deberían ser tomados en cuenta a la hora de establecer un sistema de análisis del impacto regulatorio.

Pero ¿qué es un análisis de impacto regulatorio? El Análisis de Impacto Regulatorio es un instrumento esencial para ayudar a los Gobiernos a evaluar los efectos de la regulación. El análisis de impacto regulatorio es utilizado para analizar y medir los posibles beneficios, costes y efectos de la regulación, tanto de la de nueva creación como de la que esté en vigor. La puesta en práctica del análisis de impacto regulatorio facilita el proceso de decisión legislativo y administrativo mediante la aportación de datos empíricos, así como mediante la creación de un marco racional de decisión que permite evaluar las consecuencias de las decisiones político-legislativas. Es decir, el análisis de impacto regulatorio influye tanto en el resultado como en el procedimiento de regulación². De ahí que sea un instrumento de gran importancia para responder a las necesidades que impone una economía abierta en el marco de la globalización, así como para ayudar a escoger entre diversas opciones político-legislativas. En este sentido, uno de los elementos clave del análisis de impacto regulatorio es la determinación del impacto económico potencial de las propuestas de regulación.

Por otro lado, la evaluación es necesaria para la consecución de una regulación de calidad. Tradicionalmente, la calidad se ha entendido en tres sentidos distintos³. En un primer sentido, calidad equivaldría a bondad⁴, acierto y técnica⁵. En un segundo sentido, la calidad aparece vinculada al respeto a los caracteres esenciales de la ley: generalidad y estabilidad, así como a la racionalidad y coherencia (*Systemgerechtigkeit*). Finalmente, en un tercer sentido, la calidad de la ley se reconduce a los principios propios del Estado de derecho, esto es, a la seguridad jurídica como protección de la confianza y a la seguridad jurídica como interdicción de la arbitrariedad (por ejemplo, como exigencia de la razonabilidad⁶ y de

les crédateurs sont mal protégés contre des débiteurs défaillants (clients et emprunteurs). La réforme du cadre judiciaire est donc nécessaire afin de rendre l'application des décisions de justice plus systématiques, plus rapides et plus équitables ». Sin embargo, hasta donde llega nuestro conocimiento, la Administración marroquí carece de un sistema establecido de datos empíricos que permitan confirmar o rebatir la citada apreciación.

2 KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact Assessment, an overview*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 3.

3 Seguimos en este punto el trabajo de CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley*, Derecho privado y constitución, nº 17, enero-diciembre 2003, pp. 147 y ss., en conocr., pp. 149-150.

4 BURHGART, Axel, *Die Pflicht zum guten Gesetz*, Berlin, 1996.

5 MEDINA GUERRERO, Manuel, *El control jurisdiccional de los defectos de técnica legislativa*, en Pregaroro/Porras (eds.), *Qualità normativa e tecnica legislativa: Europa, Stati, Enti territoriali*, Bolonia, 2003.

6 Sobre esta última cuestión, *vid. in extenso*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, 1998, *passim*.

previsibilidad del legislador⁷). A nuestros efectos, dada la finalidad perseguida con este informe, en el que sentaremos las bases de lo que podría ser un marco institucional de análisis de impacto regulatorio, utilizaremos la calidad en el primero de los sentidos indicados, esto es, como la creación de un mecanismo dirigido a evaluar *ex-ante* y *ex-post* la efectividad y la eficiencia de la regulación.

El plan de la obra es el siguiente. En el capítulo 2 establecemos las bases teóricas de lo que es un análisis de impacto regulatorio, haciendo determinadas referencias de carácter general a la situación marroquí. Posteriormente, en los capítulos 3, 4 y 5, aplicamos el modelo teórico de análisis de impacto regulatorio al caso concreto de Marruecos y examinamos en el capítulo 6 unos ejemplos de lo que podría ser la aplicación en la práctica marroquí del análisis de impacto regulatorio *ex-post*. Finalmente, el último capítulo de este trabajo está dedicado a elaborar unas conclusiones y unas recomendaciones.

7 En este sentido, destaca en particular, la STEDH de 30 de julio de 1998, caso «Valenzuela Contreras c. España». En la citada sentencia se condena al Reino de España por no ser la ley española reguladora de las escuchas telefónicas de «suficiente calidad», toda vez que «De la exigencia de previsibilidad de la "ley" se deriva que, en el contexto de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, las garantías que señalan la extensión y las modalidades del poder de apreciación de las autoridades, deben figurar con todo detalle en el derecho interno, comportando así una fuerza apremiante que circunscribe el poder discrecional del juez en aplicación de las citadas medidas. En consecuencia, la "ley" española que el juez de instrucción debía aplicar tendría que prever, con la suficiente previsión, estas garantías».

CAPÍTULO 2. ¿QUÉ ES UN ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO?

Tomás Vázquez Lépinette

Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Mercantil y abogado

2.1. INTRODUCCIÓN

Marruecos carece en la actualidad de un sistema de análisis de impacto regulatorio, por lo que es imprescindible empezar nuestro estudio haciendo una referencia, si quiera somera, al objeto del mismo.

Cada vez con mayor frecuencia, los reguladores buscan asegurarse de que su producción normativa es efectiva y eficiente, por lo que ya es una práctica habitual el establecimiento de mecanismos de análisis de impacto regulatorio⁸. La configuración del análisis puede variar entre los diversos países⁹, no obstante lo cual hay determinados elementos metodológicos comunes a todos los tipos de análisis de impacto regulatorio que deberían ser adecuadamente comprendidos a la hora de establecer un mecanismo de análisis regulatorio. Así pues, en este capítulo, tras definir el concepto de análisis de impacto regulatorio, haremos referencia a sus componentes esenciales.

2.2. CONCEPTO DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

El análisis de impacto regulatorio es un modelo estandarizado de análisis del efecto que tiene la normativa, ya sea la existente, ya sea la que quiere ponerse en práctica. Habitualmente, el análisis de impacto regulatorio se inicia con la apreciación de la existencia de un problema que requiere una actuación de los poderes públicos y prosigue con una evaluación coste-beneficio, incluyendo la relativa a los procesos necesarios para la ejecución de la medida propuesta. Naturalmente, el análisis de impacto regulatorio incluye también la evaluación de alternativas de carácter normativo y no normativo, con la finalidad última de servir mejor a la consecución de los intereses generales.

En suma, el análisis de impacto regulatorio es un instrumento de evaluación dirigido a determinar los beneficios potenciales, los costes posibles y los efectos de la regulación nueva o preexistente. Cabe resaltar que el análisis de impacto regulatorio en ningún caso sustituye la voluntad política, sino simplemente ayuda al regulador a adoptar decisiones adecuadas, suministrándole un marco racional para la adopción de las propuestas normativas y facilitándole datos empíricos sobre los que basar su decisión¹⁰. Así pues, en sentido estricto podría

8 Cf. entre otros, en el plano comunitario europeo, Comisión Europea, *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791), de 15 junio 2005. Vid. igualmente, *Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, Berlín, 2000 (accesible en Internet en www.staat-modern.de) y *Guide législative* (accesible en www.legifrance.gouv.fr).

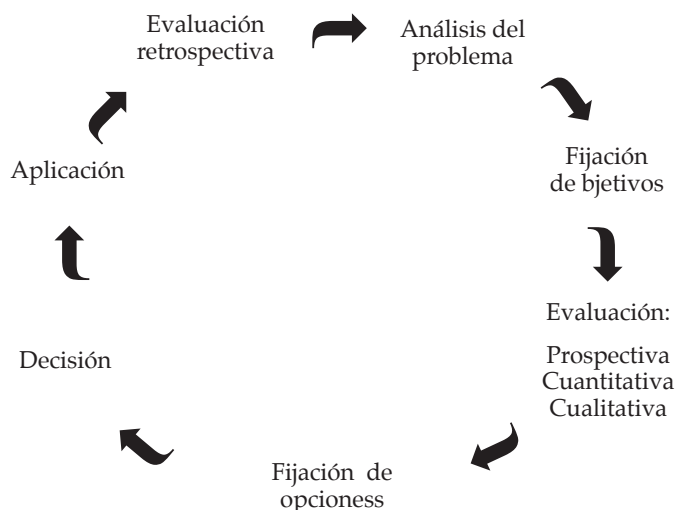
9 Sobre las distintas variantes nacionales de análisis de impacto regulatorio, véase OECD Secretariat, *Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory*, abril 2004.

Accesible en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf>

10 Esta idea es puesta de relieve en todas las propuestas de análisis de impacto regulatorio, pero especialmente en las *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791).

entenderse que el análisis de impacto regulatorio es un informe, mientras que de forma más amplia cabe concebirlo como un proceso de evaluación de propuestas regulatorias, de rango legal o reglamentario.

Gráfico 1. El ciclo de evaluación del impacto regulatorio



2.3. TIPOS DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO¹¹

2.3.1. POR EL ENFOQUE MATERIAL DEL ANÁLISIS

En la práctica se conocen distintos tipos de análisis de impacto regulatorio por su ámbito material de estudio. Unos están enfocados hacia áreas específicas, mientras que otros realizan un informe de carácter general, siendo la primera de las posturas la más habitual en la práctica.

- En España, el análisis de impacto, sin perjuicio de que caso por caso pueda ampliarse, se refiere en principio a los tres aspectos siguientes: (i) sobre la necesidad y oportunidad de la regulación (anteproyecto de ley o

¹¹ OECD Secretariat, *Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory*, abril 2004. <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf>

reglamento), (ii) memoria económica sobre el coste (para la Administración) de la regulación y, finalmente, (iii) análisis del impacto por razón de género¹².

- Los Países Bajos realizan un análisis enfocado al impacto que produce la regulación sobre las empresas.
- La República Checa realiza un análisis de impacto fiscal, que ha extendido al análisis de otros impactos socio-económicos.
- Francia realiza un análisis de impacto regulatorio general, con menciones específicas al impacto sobre el nivel de empleo y sobre la afectación a los presupuestos de las administraciones públicas.
- Austria y Portugal realizan un análisis de carácter presupuestario, dirigido a evaluar el coste para las administraciones públicas.
- Finlandia tiene un sistema de análisis de impacto regulatorio que cubre diversas áreas (económicas, medioambientales, etc.), pero que se realiza por los diversos ministerios, sin que se contemple un análisis integrado.
- La Unión Europea estableció en el año 2005 un sistema de análisis de impacto de carácter integrado, sustituyendo el anterior que era efectuado departamento por departamento¹³.

2.3.2. POR EL ENFOQUE TEMPORAL DEL ANÁLISIS

El análisis de impacto regulatorio puede efectuarse respecto de tres momentos temporales distintos:

- Un análisis efectuado *ex-ante*, de carácter prospectivo, en el que se decide si conviene o no una actuación regulatoria y su tipo.
- Un análisis de «acompañamiento» en el que se evalúan las distintas alternativas conforme a los criterios relevantes (razonabilidad, coste-beneficio, etc.).
- Un análisis efectuado *ex-post* cuya función es verificar la corrección de las evaluaciones realizadas *ex-ante*. Además, un análisis *ex-post* es un instrumento de gran utilidad para evitar (la perseverancia de) errores regulatorios, ya sean de concepción normativa o de aplicación.

12 Arts. 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. «En fase de corrección de pruebas, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 1.083/2.009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo, que unifica las distintas memorias de impacto reguladas en la normativa española en una sola.»

13 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*; COM (2005) 97 final.

Tabla 1. Tipos de evaluación por el enfoque temporal análisis

	Momento de la realización	Cuestiones principales	Resultados
Evaluación prospectiva	En la fase de inicio de los trabajos, primer filtro para verificar necesidad reforma regulatoria.	¿Qué alternativas regulatorias existen para la consecución de los fines? ¿Qué efectos y respecto de quiénes son previsibles, y cuándo se producirán?	Determinación de si conviene una alternativa regulatoria o no regulatoria.
Evaluación de acompañamiento	En la fase de borrador, evaluando la totalidad del documento o sólo partes del mismo.	¿Son las normas adecuadas para sus destinatarios? ¿Son optimizables los costes que suponen?	Verificación, redacción y mejora del proyecto (en su conjunto) o de las partes relevantes del mismo.
Evaluación retrospectiva	En la fase posterior a la entrada en vigor de la norma, cuando ya existe suficiente experiencia en su aplicación.	¿Se han conseguido los fines propuestos? ¿Está justificada una reforma normativa?	Análisis del grado de consecución de los objetivos. Modificaciones recomendables.

Fuente: Bundesministerium des Innern; *Praxistest zur setzesfolgenabschätzung*, Berlín, 2002.

Una vez que las autoridades políticas han decidido crear un mecanismo de análisis de impacto normativo, el debate no se plantea respecto del establecimiento de la evaluación prospectiva y la de acompañamiento, sino respecto de la evaluación retrospectiva. En este sentido, la mayoría de los países europeos y la propia Unión Europea prevén un mecanismo de control *ex-post*. Por ejemplo, en España, ya desde 1889, se preveía una obligación de evaluar cada 10 años la aplicación del Código Civil y se encargaba a la Comisión General de Codificación elevar las propuestas de reforma que se tuvieran por convenientes, aunque estas disposiciones nunca han sido aplicadas¹⁴. De igual modo, el art. 25 de la vigente

14 Disposiciones adicionales 1ª, 2ª y 3ª del Código Civil 1889:

«DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA

El Presidente del Tribunal Supremo y los de las *Audiencias territoriales* elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (y el art. 26 de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia), prevé la posibilidad de que la Comisión Nacional de la Competencia haga a iniciativa propia, «[...] informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa», así como «[...] sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de normas legales»¹⁵.

2.3.3. POR LA NORMATIVA OBJETO DE ANÁLISIS

Un análisis de impacto regulatorio puede tener por objeto, tanto normativa de rango legal, como de rango inferior a la ley (decretos, órdenes ministeriales, circulares, etc.). En principio, dado que el impacto puede ser el mismo en una norma de rango legal que en una norma de rango inferior a ley, no habría porqué distinguir entre unas normas y otras. No obstante, el rango de las normas afectadas depende del contexto jurídico-político del país en el que se implanta el análisis de impacto regulatorio. Por otro lado, una segunda restricción es la de determinar qué normas dentro de un determinado rango normativo son objeto de un análisis de impacto regulatorio, si todas ellas con carácter general, o sólo las que versan sobre determinadas materias. Y finalmente, el análisis de impacto regulatorio puede implantarse con respecto a la normativa ya existente o únicamente en relación con la normativa de nueva creación.

En la práctica se conocen todas las combinaciones posibles; por ejemplo, mientras Dinamarca exige un análisis de impacto regulatorio para todas las normas con rango de ley, Suecia lo prevé para las normas de rango de ley y con rango inferior a ley que puedan tener un efecto sobre las pequeñas y medianas empresas, España lo requiere para todos los anteproyectos de ley y para todas las normas reglamentarias (emanadas del Gobierno central) y Australia lo exige para todas las normas con rango de ley (incluidos los tratados internacionales),

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA

El Ministro de *Gracia y Justicia* pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año a la Comisión general de Codificación.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA

En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.»

15 A diferencia de lo que ocurre respecto a la previsión de revisión *ex-post* contenida en el Código Civil, atribuida a la Comisión General de Codificación, la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de julio de 2008 sí que ha hecho uso de facultad de análisis, puede consultarse el Informe titulado *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, accesible en <http://www.cncompetencia.es/PDFs/OtrosInf/13.pdf>

para las normas con rango inferior a ley e incluso para las resoluciones administrativas que puedan tener un impacto sobre las empresas o la competencia.

2.3.4. POR EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

El fundamento jurídico del análisis de impacto regulatorio es un buen indicador de la relevancia práctica de este análisis. Se acepta generalmente que a mayor rango legal, mejor aplicación de los análisis de impacto regulatorio. No obstante, el elemento esencial en la aplicación del análisis de impacto regulatorio reside en el contexto histórico y administrativo del país en que se aplica, así como en el nivel de implicación de los altos cargos y altos funcionarios.

Pueden distinguirse cuatro grupos de países en función del rango legal de la obligación de efectuar un análisis de impacto regulatorio:

- En una norma de rango legal: España (análisis *ex-ante*), República Checa, Corea y México.
- En una orden presidencial: EE UU.
- En un decreto: Australia, Austria, Italia; Países Bajos.
- En un acuerdo del Consejo de ministros o similar: Portugal, Suecia, Reino Unido, España (análisis *ex-post*)¹⁶.

2.3.5. POR EL ÓRGANO DE CONTROL DE LA CALIDAD NORMATIVA

Es evidente que el establecimiento de un sistema de análisis de impacto regulatorio exige la atribución a un órgano (preexistente o de nueva creación) de la función de control de la calidad normativa¹⁷. Estos órganos de control tienen por función esencial la fijación de las pautas que ha de seguir el análisis de impacto regulatorio, el asesoramiento técnico en la realización del análisis de impacto regulatorio, así como la revisión de la calidad del propio análisis de impacto regulatorio.

Los modelos que se dan en la práctica son fundamentalmente tres: el de un órgano de control independiente (como ocurre, por ejemplo, en los Países Bajos o

¹⁶ Nos referimos en particular a una iniciativa de carácter sectorial, en concreto a la Resolución de 23 de mayo de 2007, de la Secretaría General para la administración pública, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de mayo de 2007, sobre impulso del programa de mejora de la reglamentación y reducción de cargas administrativas, cuyo objeto específico es limitar las cargas administrativas derivadas de la normativa comunitaria. Carecemos de datos sobre los efectos de este programa de mejora de la regulación.

¹⁷ Tratamos esta cuestión más en detalle en el apartado 2.6 *infra*.

en la Unión Europea), la atribución del control a los propios ministerios (caso de Alemania o de España) y, finalmente, la ausencia de mecanismo de control alguno (caso de Francia).

2.4. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE UN ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

2.4.1. EL ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO

El análisis coste-beneficio es una de las partes más importantes y técnicamente más difíciles en un análisis de impacto regulatorio. Ello exige con carácter previo fijar dos elementos precisos: (i) el método de cálculo del análisis coste-beneficio¹⁸ y (ii) el perímetro de aplicación de este análisis de coste-beneficio.

Por cuanto hace a la primera de las cuestiones apuntadas, los puntos de mayor dificultad técnica se refieren a aquellos análisis que implican evaluar magnitudes no reducibles a términos monetarios o no cuantificables.

En este caso, las opciones son las siguientes:

- Si la reducción a dinero es imposible, hay que explicar el porqué de dicha imposibilidad, así como presentar toda la información cuantitativa de que se dispone, así como la probabilidad y momento de producción de los efectos analizados.
- Si la cuantificación de los efectos es difícil, hay que presentar la información cuantitativa relevante de que se dispone, así como una descripción de los efectos no cuantificables, y la probabilidad y momento de producción de los efectos analizados.
- Si la reducción a dinero de los beneficios esperados es difícil, en vez de un análisis coste-beneficio, puede utilizarse un análisis coste-efectividad.
- Si las estimaciones de costes y beneficios dependen de determinados presupuestos, hay que explicitar tales presupuestos y realizar análisis utilizando presupuestos alternativos plausibles.

Por cuanto hace al perímetro del análisis coste-beneficio, dos son las cuestiones fundamentales que se plantean: (i) el tipo de normas que han de ser objeto del análisis de coste-beneficio (todas o sólo algunas, determinadas en función del criterio que se adopte –importancia económica, sector social

¹⁸ Como ejemplo, pueden consultarse las indicaciones efectuadas por *Office of Management Budget*, accesibles en <http://www.whitehouse.gov/omb/memoranda/m00-08.pdf>

afectado, etc.–) y (ii) el ámbito del análisis en sí mismo considerado (esto es, su exhaustividad –todos los costes y beneficios o sólo algunos–).

En relación con la primera cuestión, de nuevo, existe una gran variedad. Así, por ejemplo:

- La Unión Europea sólo prevé el análisis de impacto regulatorio de las propuestas incluidas en el Plan de Trabajo anual¹⁹.
- Australia prevé un sistema de dos niveles. Todas las propuestas de regulación (esto es, tanto las normas de carácter general, como aquéllas resoluciones individuales que puedan generalizarse –*quasi-regulations*–) deben ser objeto de un análisis preliminar. Si del análisis preliminar resulta que la medida puede tener un impacto en las empresas o en la economía en general, o en caso de duda, previa consulta con el Office of Best Practice Regulation, se realizará un análisis de impacto regulatorio²⁰. En el caso de que resultara que la medida propuesta tuviese un impacto nulo o poco relevante, no sería preciso realizar tareas adicionales.

En relación con el segundo aspecto mencionado, esto es, al ámbito del análisis en sí mismo considerado, el ejemplo paradigmático es el australiano. En él, una vez que, a la vista del análisis preliminar, resulta que una determinada medida regulatoria produce un impacto relevante, la profundidad del análisis dependerá del impacto previsible de la medida. Si dicho impacto fuera de carácter medio, el análisis de costes y beneficios deberá realizarse utilizando el *Business Cost Calculator*²¹. Si, por el contrario, la propuesta de regulación tiene un impacto elevado, ha de hacerse un análisis de impacto completo.

2.4.2. EL TIPO DE DESCUENTO

La cuestión siguiente es la determinación del tipo de descuento, toda vez que al calcular los costes y beneficios esperados, hay que tener en cuenta que hay que representar en el momento del análisis datos económicos que se producirán (previsiblemente) en el futuro.

19 Respecto al año 2008, *vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones, *Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008*, COM(2007) 640 final.

20 Ver *Best Practice Regulation Handbook* y *Users Guide*, accesible en <http://www.obpr.gov.au>

21 El *Business Cost Calculator* es una herramienta informática diseñada por el Gobierno australiano, que permite identificar y calcular los costes de cumplimiento de la propuestas regulatorias. De este modo, se pone a disposición de los evaluadores un mecanismo automatizado y estandarizado de cuantificación de los costes de cumplimiento normativo, que utiliza una metodología de cálculo de coste por actividad (*Activity-based costing methodology*). Para más información, puede consultarse <http://www.finance.gov.au/obpr/bcc/index.html>.

- La Unión Europea fija un tipo de descuento del 4%, que toma en cuenta la inflación²².
- Gran Bretaña utiliza distintos tipos de descuento, en función de las circunstancias (con carácter general, un 3,5%; cuando se espera que los beneficios y los costes sean a largo plazo > 30 años; etc.)²³.

2.4.3. EVALUACIÓN DEL RIESGO

La evaluación del riesgo es un instrumento analítico que tiene por finalidad valorar la viabilidad general de una determinada opción, esto es, si los beneficios (teniendo en cuenta el riesgo) exceden de los costes (habida cuenta igualmente del riesgo) o si los costes de una eventual solución negativa son tan altos que ha de seguirse el principio de precaución (*better safe than sorry*)²⁴. De nuevo, se plantea el ámbito de aplicación del análisis de riesgo.

- En Australia, Bélgica, Dinamarca y la Unión Europea se exige un análisis de riesgo en todos los casos.
- Por el contrario, en algunos países como Finlandia y Japón, solo se exige cuando la regulación pueda afectar a la salud o a la seguridad.

2.4.4. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA

Uno de los factores de mayor relevancia en un análisis de impacto regulatorio es el efecto que la regulación puede tener en la competencia. La Unión Europea y Nueva Zelanda exigen que se analice en todos los casos el impacto que pueda tener la regulación en la competencia, mientras que en Estados Unidos sólo se hará en aquellas regulaciones de mayor importancia.

22 *Annex 12; Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791).

23 Para una explicación detallada de la forma de cálculo, cf. Her Majesty's Treasury, *Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, accesible en <http://greenbook.treasury.gov.uk/annex06.htm>.

24 FLIEDNER, Ortlieb, *Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze*, Berlín, 2006, p. 53. Con carácter general, hay dos mecanismos de evaluación regulatoria posibles: (i) el que determina la aplicación del llamado «principio de precaución», que aparece recogido fundamentalmente en el Reglamento CE 178/2002 de 28 de enero de 2002, según el cual, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva y (ii) el del análisis del impacto regulatorio, que busca promover una regulación más eficaz (en la que puedan incorporarse, entre otras variables, las relativas al impacto sobre la salud y el medio ambiente). Pues bien, este último mecanismo de evaluación es el que está prevaleciendo en la actualidad en la Unión Europea. Para una discusión de estos dos mecanismos de evaluación, cf. LÖFSTED, Ragnar, *The swing of the regulatory pendulum in Europe: from precautionary principle to (regulatory) impact assessment*; Brookings Institution, Working paper, marzo 2004 (accesible en <http://ssrn.com/abstract=519563>)

El Office of Fair Trading británico ha preparado unas directivas para la evaluación del impacto de las medidas regulatorias en la competencia²⁵. La evaluación, que debe ser llevada a cabo inicialmente por el departamento ministerial correspondiente, tiene por objeto verificar si la propuesta de regulación implica cualquiera de las cuatro circunstancias siguientes:

- Una limitación directa del espectro o el número de oferentes de bienes o servicios en el mercado.
- Una limitación indirecta del espectro o el número de oferentes de bienes o servicios en el mercado.
- Si la propuesta de regulación afecta a la capacidad de los oferentes de bienes o servicios para competir en el mercado.
- Si la propuesta de regulación reduce los incentivos de los oferentes de bienes o servicios para competir activamente en el mercado.

Si se diera alguna de las circunstancias antes indicadas, procede realizar un análisis de impacto sobre la competencia. Este análisis de impacto deberá remitirse en todo caso a las autoridades de competencia (Office of Fair Trading) para su evaluación.

Por cuanto hace a España, la Comisión Nacional de Competencia debe dictaminar sobre todos los proyectos y proposiciones de normas jurídicas que afecten a la competencia (art. 25 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). En este sentido, en el Informe de 26 de julio de 2008, la Comisión Nacional de Competencia española estableció los siguientes criterios mínimos que habían de cumplir las normas para ser consideradas como eficientes, desde el punto de vista de la competencia:

- 1) Necesidad y proporcionalidad: dado que el mercado y la libertad de empresa constituyen la regla general, cuando una norma contravenga estos principios debe hacerse explícito y dar una justificación de su necesidad.
- 2) Mínima distorsión: de entre los instrumentos posibles para la consecución de un objetivo dado, se deben emplear aquellos que supongan la mínima distorsión para la competencia. Debe, además, constatarse que no existe un mecanismo alternativo que permita alcanzar el mismo fin imponiendo una menor distorsión al funcionamiento del mercado.
- 3) Eficacia: el diseño de las normas debe permitir su aplicación eficaz, en el sentido la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera.

²⁵ Office of Fair Trading; *Completing competition assessments in Impact Assessments, A guide for policymakers*, Londres, 2007. Accesible en http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft876.pdf

Para ello es preciso:

- Una definición clara de objetivos.
- Que sea fácilmente ejecutable.
- La necesidad de coordinación entre administraciones.
- Evitar las lagunas legales.

4) Transparencia: la transparencia debe ser un principio que impregne el marco normativo y los procesos de elaboración del mismo. Ello supone, en primer lugar, evitar la dispersión de normas. A menudo la regulación que afecta a un sector ha sido reiteradamente reformada mediante textos legales diferentes o se encuentra incluida en normas diversas, con frecuencia producidas por administraciones diferentes. Esta dispersión normativa reduce notablemente la transparencia del marco normativo, a lo cual se suma un uso a veces intrincado de las disposiciones transitorias y las derogatorias. Todo ello suele operar como una barrera de entrada al mercado que protege a los ya establecidos en detrimento de los entrantes, menos conocedores del marco normativo, de sus lagunas y de sus peculiaridades.

Por otro lado, la transparencia debe aplicarse en igual medida a la ejecución de la norma. En particular, en presencia de restricciones a la entrada y a la actividad, los criterios que determinan qué operadores pueden o no operar deben ser transparentes, así como su justificación.

5) Predecibilidad. El marco normativo debe ser estable y predecible su desarrollo. Por ello, constituye una buena práctica que las normas que requieren de un desarrollo contengan una previsión del calendario para perfeccionar el mismo, de tal forma que, como decíamos antes, la autoridad se comprometa y genere confianza en el sistema. En relación con lo anterior, hay que huir de las «normas a traición», de forma que medidas relevantes, con un claro impacto en la cuenta de resultados de las empresas, se introduzcan de manera inesperada y un tanto precipitada, sorprendiendo a los inversores y generando una desconfianza innecesaria en los mercados de capitales. Por las mismas razones debe evitarse la inestabilidad del marco normativo.

2.4.5. EFECTOS SOCIALES DE LA REGULACIÓN Y, EN PARTICULAR, SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA POBREZA

Los análisis de impacto regulatorio pueden estar enfocados hacia la determinación de los posibles efectos sociales que tiene la regulación propuesta, entre otros, en términos de afectación sobre el empleo, acceso al crédito o a la propiedad. Dado que existe un consenso sobre el hecho de que el mero crecimiento económico, por sí

mismo, no beneficia a las capas sociales menos favorecidas²⁶, la regulación juega un papel transmisor esencial de los beneficios del crecimiento hacia tales clases sociales y, en general, hacia fines de utilidad social. Por tanto, la finalidad esencial de un análisis de impacto regulatorio en un país en vías de desarrollo como Marruecos, debería ser el estudio de las consecuencias de una determinada regulación sobre la reducción de la pobreza²⁷.

2.5. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN

Una de las funciones principales de los análisis de impacto regulatorio es la creación de un marco racional de decisión que permite evaluar las consecuencias de las decisiones político-legislativas. La realización de un análisis de impacto regulatorio sigue una serie de fases y se sustancia en un documento. El grado de sofisticación del análisis y su profundidad depende del modelo de análisis de impacto regulatorio por el que se haya optado, así como por la importancia de las materias tratadas. A pesar de ello, en todos los análisis de impacto regulatorio pueden distinguirse tres fases diferentes (ver tabla 3 *infra*).

Tabla 2. Las tres fases del análisis de impacto regulatorio

Fase 1	Determinación general de los efectos.
Fase 2	Primera evaluación cualitativa de los efectos más relevantes.
Fase 3	Análisis cualitativo y/o cuantitativo en profundidad de los efectos más relevantes.

Fuente: Comisión Europea, *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791), de 15 junio 2005.

Esta estructura se plasma en la práctica en la realización de dos análisis diferentes: el primero de carácter inicial o simplificado, y el segundo, realizado con mayor profundidad, para el caso de que del análisis inicial resulte que la propuesta de regulación tiene un impacto relevante (esto es, de intensidad media o alta). Naturalmente, determinar cuándo una propuesta regulatoria tiene un impacto relevante es fruto de una decisión de política jurídica y debe hacerse de forma clara, puesto que en caso contrario se corre el riesgo de que haya confusiones entre los supuestos en los que es necesario un mero análisis preliminar y aquellos en los que se precisa de un análisis en profundidad.

26 KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 175.

27 KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 175: «It may be appropriate [...] for RIA's in developing countries to be "pro-poor" by placing an explicitly heavy weighting on poverty reduction and skewing the assessment in favour of regulatory changes that assist the poor».

Con carácter ejemplificativo, cabe señalar que de acuerdo con el modelo irlandés, se entiende que es necesario realizar un análisis de impacto en profundidad en los siguientes casos²⁸:

- (a) Cuando la propuesta de regulación tiene efectos significativos sobre la competitividad nacional.
- (b) Cuando la propuesta de regulación tiene efectos significativos sobre los grupos sociales más desfavorecidos.
- (c) Cuando la propuesta de regulación tiene efectos significativos sobre el medio ambiente.
- (d) Cuando la propuesta de regulación supone un cambio significativo en la política económica.
- (e) Cuando la propuesta de regulación restringe los derechos de los ciudadanos.
- (f) Cuando la propuesta de regulación impone a sus destinatarios costes de cumplimiento normativo desproporcionados.
- (g) Cuando los costes para la administración pública o para determinados afectados sean significativos o se repartan entre los afectados de forma no equitativa. A tal efecto, se suele indicar una cantidad a tanto alzado, revisable en función de las circunstancias.

2.6. EL INFORME DE EVALUACIÓN

El análisis de impacto regulatorio no es sólo un sistema, sino que busca plasmarse en un documento que debería dar respuesta a las siguientes cuestiones fundamentales:

- 1) ¿Cuáles son los problemas que pretenden solventarse mediante la propuesta regulatoria y en qué medida el estado actual de evolución del Derecho es el causante de tales problemas?
- 2) ¿Cuál es la finalidad de la propuesta regulatoria?
- 3) ¿Qué opciones existen para cumplir la finalidad perseguida?
- 4) ¿Cuál es el impacto previsible de la opción u opciones escogidas? No sólo en términos de beneficios, sino también en el de los costes (directos e indirectos) de la reforma, en el plano económico, social, medioambiental, de funcionamiento de las administraciones públicas y del gasto público.

²⁸ Department of the Taoiseach, *Report on the Introduction of Regulatory Impact Analysis*, sin fecha, accesible en http://www.betterregulation.ie/attached_files/Pdfs/RIA%20english.pdf

Desde el punto de vista práctico, para encontrar respuesta a estas cuatro cuestiones principales se suele elaborar una *checklist*. Tal *checklist* cubre una serie de cuestiones relevantes que todo regulador debería plantearse a la hora de determinar si conviene o no dar a un determinado problema una respuesta de carácter normativo. Consideradas conjuntamente, la respuesta a la *checklist* permite a los interesados dar una respuesta a las implicaciones de la normativa propuesta (o ya existente y objeto de regulación) y determinar si la misma (en caso de ser procedente) es eficiente y efectiva.

Tabla 3. 'Checklist' básico de análisis de impacto regulatorio

1. ¿Se ha definido correctamente el problema?

El problema objeto de resolución ha de identificarse de forma precisa, indicando su naturaleza e importancia y determinando su etiología, así como identificando los incentivos de los afectados.

2. ¿Está justificada la intervención pública?

La intervención pública debería basarse en la acreditación de su necesidad atendiendo a la naturaleza del problema, los beneficios y los costes que se derivarían de la misma, tras un análisis de los mecanismos alternativos que pudieran ser adecuados para solventar el problema.

3. ¿Es la regulación la forma más adecuada de intervención pública?

Los reguladores deberían llevar a cabo, en el momento inicial de su intervención, un análisis comparativo de los instrumentos regulatorios y no regulatorios a su disposición, teniendo en cuenta los aspectos esenciales de coste y beneficios de cada una de las opciones, los afectados y las implicaciones administrativas de la medida.

4. ¿Existe base legal para la intervención normativa?

El procedimiento de regulación debería conformarse de modo tal que todas las intervenciones normativas respeten el principio de legalidad, esto es, han de ser conformes con el principio de jerarquía normativa y han de respetar los principios jurídico-constitucionales fundamentales (seguridad jurídica, no discriminación, etc.).

5. ¿Cuál es el nivel de producción normativa más adecuado?

Los reguladores deberían escoger el nivel administrativo más adecuado para solventar el problema (principio de subsidiariedad). Si hubiera distintos entes reguladores, deben preverse los mecanismos para asegurar una coordinación efectiva entre los mismos.

6. ¿Están justificados los costes de la regulación con los beneficios de la misma?

Los reguladores deberían hacer una estimación de los costes totales previstos y de los beneficios esperados de cada medida regulatoria propuesta, así como de sus alternativas. Los beneficios esperados deberán justificar el coste de la intervención normativa.

Tabla 3. ‘Checklist’ básico de análisis de impacto regulatorio (cont.)

7. ¿Es transparente la distribución de los efectos de la intervención regulatoria?

En la medida en que la intervención normativa afecte de forma diversa a distintos colectivos, los reguladores deben hacer públicos la distribución de los costes y de los beneficios regulatorios entre los distintos grupos de afectados.

8. ¿Es la regulación prevista clara, sistemática, comprensible y accesible por todos sus destinatarios?

Los reguladores deberían verificar que las normas que elaboran sean claras, sistemáticas, comprensibles y accesibles.

9. ¿Se ha dado audiencia a todos los afectados?

Las normas deberían gestarse de forma transparente, estableciendo los mecanismos adecuados para asegurar la intervención en el procedimiento de todos los interesados, tales como asociaciones empresariales, sindicatos, etc.

10. ¿Cuáles son los mecanismos de aplicación previstos?

Los reguladores deben evaluar las instituciones que tienen que aplicar la normativa y sus incentivos así como diseñar mecanismos para garantizar el cumplimiento normativo.

Fuente: OCDE, *The 1995 Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, París, 1995.

2.7. LA CALIDAD DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

2.7.1. INTRODUCCIÓN

Una pieza esencial del establecimiento de un mecanismo de análisis de impacto regulatorio es, de modo simultáneo a la introducción del propio análisis de impacto regulatorio, la creación de mecanismos de control de la calidad del mismo.

Los mecanismos de control pueden clasificarse en tres categorías fundamentales²⁹:

- **Controles de cumplimiento formal (*compliance test*):** sirven para verificar el cumplimiento procedimental de las normas sobre análisis de impacto.

²⁹ LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, en Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, pp. 56 y ss.

- Controles de cumplimiento material (*performance test*): se centran en la calidad del análisis regulatorio.
- Controles de efectividad (*function test*): su objeto es verificar el impacto que tiene el análisis de impacto regulatorio sobre la calidad de la regulación y sobre el tipo de regulación creada.

2.7.2. CONTROLES DE CUMPLIMIENTO FORMAL

Los controles de cumplimiento formal se centran normalmente en la observancia de las reglas procedimentales establecidas en la normativa aplicable. Así, por ejemplo, se trata de verificar si se justificó la necesidad de intervención normativa por parte del regulador, si se dio audiencia a las partes, si se cuantificaron los costes de la intervención normativa, etc.

Tabla 4. ‘Checklist’ básico de verificación del cumplimiento formal de las reglas de un análisis de impacto regulatorio

1. Con carácter previo a la aprobación o al rechazo de una determinada propuesta de regulación, ¿se realizó un análisis de impacto regulatorio?
2. El análisis de impacto regulatorio (AIR), ¿justifica la intervención pública y su base legal?
3. ¿Incluye un resumen de la propuesta de regulación y de sus impactos posibles?
4. ¿Justifica los costes de la regulación con los beneficios de la misma?
5. ¿Cuantificaba los impactos positivos y negativos posibles?
6. ¿Se ha dado audiencia a todos los afectados?
7. El AIR ¿analiza los mecanismos de aplicación de la regulación y sus diversas posibilidades?
8. ¿Se ha hecho público el AIR?

Fuente: LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, en Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 54.

Estos controles son de gran importancia práctica. Son sencillos de llevar a cabo, por lo que pueden ser realizados tanto por las propias autoridades de control, como por parte de terceros interesados (por ejemplo, asociaciones empresariales o sindicatos). Y tienen un efecto fundamental, y es que sirven para poner de relieve el grado de cumplimiento de los mismos, con lo que sirven para poner al descubierto las causas subyacentes que explican el incumplimiento. Éstas pueden deberse, bien a una falta de motivación, en cuyo caso habría que reforzar las normas de cumplimiento con un mecanismo de aplicación más riguroso, bien a

una falta de capacitación para llevar a cabo los análisis de impacto regulatorio, que deberían ser solventadas con las medidas de formación adecuadas.

De todos modos, es importante señalar que el cumplimiento de estos requisitos formales es una condición necesaria, pero no suficiente, para realizar análisis de impacto regulatorio de calidad. Es por ello que seguidamente veremos los controles de cumplimiento material que han sido desarrollados en la práctica para verificar la calidad de los análisis de impacto regulatorio.

2.7.3. CONTROLES DE CUMPLIMIENTO MATERIAL

A diferencia de los controles de cumplimiento formal, que se limitan a verificar si se observan los estándares fijados, los controles de cumplimiento material se refieren a los diversos elementos que configuran un análisis de impacto regulatorio y a su coherencia interna. Estos controles pueden aplicarse *ex-ante* (por ejemplo, verificando si los métodos de cuantificación de costes que pretenden emplearse son razonables), aplicarse *ex-post* (por ejemplo, asegurándose que los cálculos realizados carecen de errores materiales) o, finalmente, aplicarse a la vez *ex-ante* y *ex-post*.

Además de lo anterior, desde el punto de vista del contenido, los controles de cumplimiento material suelen centrarse en dos aspectos básicos: (i) en la fase del procedimiento regulatorio en la que se realiza el análisis de impacto regulatorio, en el entendimiento de que, a mayor anticipación, más grande es el efecto del análisis sobre el resultado regulatorio y (ii) en la capacidad predictiva del análisis, comparándolo con los resultados efectivamente producidos. En este sentido, es de observar que los estudios realizados hasta la fecha indican que los análisis tienden a sobreestimar los costes de la regulación propuesta en relación con los costes en los que realmente se incurre³⁰.

Tabla 5. 'Checklist' básico de verificación del cumplimiento material de las reglas de un análisis de impacto regulatorio

-
1. ¿El análisis de impacto regulatorio estableció con claridad cuál era el problema tratado y por qué era necesaria la intervención regulatoria?

 2. ¿El análisis de costes y beneficios utilizado era adecuado, completo y realista? ¿Se explicitaron en el AIR los presupuestos y los elementos probatorios utilizados? ¿Se utilizó un tipo de descuento adecuado? ¿Cómo se calculó?

 3. ¿Cómo fue la audiencia a los interesados? ¿Se les dio toda la información relevante? ¿Cuánto tiempo se les dio para contestar? ¿Se han tenido en cuenta sus respuestas en el análisis de impacto regulatorio?
-

30 Cf. MORGENSTERN, R.D., HARRINGTON, W., y NELSON, P., "On The Accuracy of Regulatory Costs Estimates", Journal of Public Policy and Management, nº 19, 2000, pp. 3 y ss.

Tabla 5. ‘Checklist’ básico de verificación del cumplimiento material de las reglas de un análisis de impacto regulatorio (cont.)

4. ¿En qué fase del proceso regulatorio se inició el análisis de impacto regulatorio? ¿Al principio? ¿En una fase de borrador? ¿En la fase proyecto?

5. Comparando el análisis de impacto con la realidad de los hechos, ¿ha sido capaz el análisis de impacto de prever las consecuencias positivas y negativas de la regulación evaluada?

Fuente: LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, en Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 62.

2.7.4. CONTROL DE EFECTIVIDAD DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

Los controles anteriores pueden decir mucho sobre la calidad del análisis de impacto regulatorio, pero poco sobre su efectividad, esto es, en relación a la impronta que deja en la calidad de la regulación analizada. En este sentido, se pueden contemplar tres indicadores de la efectividad del impacto regulatorio: (i) la introducción de modificaciones en la propuesta regulatoria, (ii) los cambios del procedimiento normogenético y (iii) los cambios en la percepción que tienen los interesados del proceso normogenético.

En lo que se refiere al primer indicador, uno de los criterios más sencillos para su evaluación es la cuantificación del número de casos en que se producen cambios en las propuestas regulatorias, como consecuencia de los análisis de impacto regulatorio efectuados. En la práctica, partiendo de las experiencias estadounidense, australiana y holandesa, se observan grandes variaciones, que van desde el 9% de los casos hasta el 60% de los mismos³¹. Estas variaciones pueden deberse, bien al proceso de aprendizaje de los reguladores (que hace que renuncien a presentar propuestas normativas que saben que difícilmente aprobarán el escrutinio de un análisis de impacto regulatorio), bien al diferente nivel de exigencia de los análisis de impacto. Como complemento del criterio anterior, puramente cuantitativo, se ha sugerido la utilización de un criterio que valore la capacidad de respuesta del regulador, estudiando en qué medida en su caso, el análisis de impacto ha tenido en cuenta las observaciones realizadas durante el periodo de consultas. Finalmente, el tercer criterio utilizado es el de comparar los costes y beneficios de la propuesta regulatoria inicial con los costes y beneficios de la propuesta final. Este mecanismo es conceptualmente sencillo, aunque tiende a sobreestimar el efecto del análisis de

31 LADEGAARD, *Measuring RIA quality and performance*, p. 64.

impacto, puesto que la propuesta inicial suele ser un documento muy incipiente y poco trabajado³².

El segundo indicador mencionado, la verificación de la naturaleza de los cambios introducidos en el proceso normogenético en sí mismo considerado, nos da una medida del cambio introducido por los mecanismos de análisis de impacto regulatorio. Así por ejemplo, en Canadá, un estudio señala que una vez introducido (y asimilado) el mecanismo del impacto regulatorio:

«More attention is paid to alternatives to costs and benefits than appeared to exist when the requirements were instituted fifteen years ago. Officials were sensitive to RIA requirements and departments had systems in place to consider regulatory options and costs and benefits. Resources were being devoted to these activities and a core of expertise was available in several departments.»³³

Finalmente, el tercer indicador es la percepción que tienen los terceros interesados (*stakeholders*) en las modificaciones producidas en el proceso de producción regulatorio. Se trata de un indicador basado en fuentes subjetivas, pero puede servir para confirmar los datos obtenidos de los dos otros indicadores mencionados.

32 El estudio realizado sobre 15 regulaciones por la Environmental Protection Agency estadounidense estimó que el análisis de impacto regulatorio supuso un ahorro en costes de cerca de 1.000 millones de dólares. Cf. OCDE, *Regulatory Reform in the United States*, 1998.

33 **Delphi Group**, *Assessing the Contribution of Regulatory Impact Analysis on Decision Making and the Development of Regulations*, Ottawa, 2000.

**CAPÍTULO 3.
LA INTRODUCCIÓN DE UN SISTEMA DE ANÁLISIS
DE IMPACTO REGULATORIO EN MARRUECOS:
BENEFICIOS Y OBSTÁCULOS**

Tomás Vázquez Lépinette

Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Mercantil y abogado

3.1. INTRODUCCIÓN

El establecimiento de un sistema de análisis de impacto regulatorio es un opción política de primer orden. El objeto de este capítulo es indicar cuáles son, a nuestro juicio, los beneficios que podría obtener Marruecos del establecimiento de un sistema de análisis de impacto y cuáles son los principales desafíos a los que el establecimiento de tal mecanismo se enfrentaría.

3.2. BENEFICIOS DEL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

Desde hace aproximadamente 40 años, se ha producido una serie de cambios paradigmáticos respecto de la regulación. En primer lugar, a partir de la década de los años setenta, en una etapa de activismo estatalista, surge la ciencia de la legislación como un mecanismo que permite a los poderes públicos planificar sus intervenciones en la economía y en la sociedad, previniendo los males sociales antes que curándolos, adoptando una política activa y no meramente reactiva³⁴. Posteriormente, en una segunda fase, es la toma de conciencia de los límites de la regulación la que constituye el motor de la ciencia de la legislación: la racionalidad limitada de los poderes públicos, los efectos nocivos de las intervenciones estatales, la captura del regulador³⁵. Finalmente, en la actualidad nos encontramos ante una tercera fase, en la que el análisis de impacto regulatorio resulta de mayor importancia si cabe. En efecto, en la actualidad nos encontramos en la fase del capitalismo regulatorio³⁶, en la que, el Estado, incapaz de regular adecuadamente por sí mismo la economía, opta por apoyarse en otros actores como una forma de reglamentar determinados sectores de actividad³⁷. Así, por ejemplo, el Estado establece reglas al mercado de forma indirecta, bien a través de organismos internacionales (tales como la Unión Europea o el Fondo Monetario Internacional), o bien a través de particulares extendidos globalmente (por ejemplo, exigiendo que la calificación de los valores que emiten determinadas empresas sean objeto de un *rating* o incorporando a su legislación estándares acordados por organizaciones privadas, tales como el International Organization of Securities

34 El autor paradigmático de este periodo es NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*. Rheinbeck bei Hamburg, 1973.

35 BUCHANAN, James, *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory*; Indianapolis, 1ª ed., 1969.

36 Tomamos la expresión de BRAITHWAITE, John, *Regulatory Capitalism*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008.

37 En palabras de KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 171, «The focus is shifting away from "less government" towards "better government"... ».

Commissions (IOSCO). Por otro lado, de forma más concreta, está emergiendo un consenso sobre el hecho de que uno de los motivos actuales de la crisis es la regulación inadecuada de los mercados y, en particular, de los mercados financieros³⁸. Todo ello impulsa el estudio de los mecanismos para la mejora de calidad de la legislación.

Por otro lado, y ésta es una cuestión de especial importancia para Marruecos, la calidad del marco regulatorio es uno de los factores más importantes para atraer a los inversores, nacionales y extranjeros. El uso de mecanismos de evaluación es uno de los elementos clave para la consecución de una economía competitiva en un mundo globalizado³⁹. En particular, la realización de análisis de impacto regulatorio sirve para facilitar la coordinación de la política regulatoria entre los diferentes ámbitos administrativos y para facilitar la consulta a los interesados. Las consecuencias fundamentales de lo anterior son dos: (i) permitir una mejor visibilidad de las políticas gubernamentales y (ii) facilitar el cumplimiento normativo.

En este sentido, está probado empíricamente que el establecimiento de un sistema de impacto supone, en líneas generales, una mejora de la calidad normativa.

38 Como muestra, un botón. En su carta abierta de 17 de septiembre de 2008, IOSCO (International Organization of Securities Commissions) dice lo siguiente:

«IOSCO addresses current market turmoil

The International Organization of Securities Commissions' (IOSCO) Technical Committee met on 16 September to discuss current market conditions and further prioritise IOSCO's work in response to the subprime crisis. The Technical Committee (TC) meeting has enabled members to engage in face to face discussions on current market conditions and to coordinate their efforts in promoting the smooth and transparent operation of global markets. The TC continues to prioritise its focus on two key areas:

- Greater international coordination for the oversight of credit rating agencies; and
- Market participants responsible for retail clients. The TC members expect investment managers to carry out appropriate due diligence procedures in order to properly understand the risks associated with any products in which they are intending to invest their clients' funds, and the TC has an active workstream on this topic. The TC expects to publish its findings and recommendations in the next months.

National securities regulators must continue to focus on ensuring that the infrastructure of their financial markets are in robust condition and have the capacity to continue to operate in an orderly fashion, allowing market participants to continue to meet obligations to their customers.

Other work on firm risk management, prudential supervision and valuation and accounting continues to be a priority. The results of these workstreams will contribute to the development of new regulatory standards for global markets».

39 Para una discusión sobre esta cuestión, cf. KEEFER, P. y KNACK, S., *Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of Institutional Explanation*, Economic Inquiry, 1997, nº 35, pp. 590-602. Estos autores encuentran una correlación positiva entre el desarrollo económico y la calidad de las instituciones jurídicas, en particular por cuanto hace a la protección de la propiedad privada. En el mismo sentido, aunque de forma más matizada, OGUS, Anthony, *Towards Appropriate Institutional Arrangements for Regulation in Less Developed Countries*, Working paper nº 119, Centre for Regulation and Competition, University of Manchester, Junio 2005.

Por otro lado, es importante precisar que el procedimiento de análisis de impacto regulatorio no es alternativo a los organismos consultivos (tales como el Conseil National de la Concurrence) que deben necesariamente ser oídos en el proceso legislativo, sino complementario con el mismo por diversas razones. En primer lugar, tales organismos consultivos, son, en principio, de carácter sectorial en un doble sentido: bien porque limitan su análisis a un determinado sector de la realidad económica o jurídica (por ejemplo, el mercado de las telecomunicaciones), bien porque el enfoque de su análisis es típicamente limitado, generalmente a aspectos estrictamente jurídicos o económicos, frente al carácter multidisciplinar que presenta el análisis de impacto regulatorio. Por otro lado, el momento de la intervención es distinto, los organismos consultivos no actúan desde el mismo momento en que existe un borrador de la norma, sino en un momento ulterior, una vez que hay un proyecto de ley, con lo que su impacto práctico es, generalmente, menor, puesto que es más fácil rectificar un borrador que un texto de naturaleza legal distinta.

3.3. LOS OBSTÁCULOS AL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

Con carácter general, los obstáculos con que puede encontrarse el regulador a la hora de establecer un sistema de análisis de impacto regulatorio son los siguientes:

- Insuficiencia de apoyo institucional y de personal formado para llevar a cabo análisis de impacto regulatorio. El concepto mismo de análisis de impacto regulatorio es complicado de entender y difícil de llevar a la práctica si los reguladores no lo dominan. Por otro lado, si el análisis de impacto regulatorio se inserta en el proceso normogénico sin una previa concienciación de los implicados, el análisis de impacto regulatorio se realizará formalmente, pero probablemente no sirva como un instrumento de análisis.
- Indiferencia u hostilidad de los poderes públicos (administración pública y Parlamento), debido a la inercia burocrática y al miedo a perder el control sobre el proceso de creación normativa.
- Poca proyección pública del análisis de impacto regulatorio, que limita la participación de los interesados (asociaciones, sindicatos, cámaras de comercio, etc.) y por ende, supone una cortapisa a las posibilidades de mejora regulatoria.
- Falta de datos empíricos y estadísticos.

Frente a este estado de cosas, las mejores prácticas en materia de introducción de un sistema de análisis de impacto regulatorio aconsejan la adopción del siguiente decálogo⁴⁰:

- Maximización del apoyo político a la implantación del análisis de impacto regulatorio (incluyendo la previsión presupuestaria de financiación a largo plazo⁴¹).
- Desarrollo y aplicación de sistemas de recopilación de datos.
- Formación de los evaluadores y de los reguladores.
- Clara asignación de tareas y responsabilidades en el marco del análisis de impacto regulatorio.
- Fijación clara de los objetivos perseguidos por el análisis de impacto regulatorio.
- Uso de un método de análisis coherente, pero flexible.
- Integración del análisis de impacto regulatorio en el proceso normogénico, en el momento más inicial posible.
- Aplicación del análisis de impacto regulatorio a la regulación nueva, así como a aquélla que todavía no está en vigor.
- Publicación de los resultados.
- Participación intensa de todos los interesados.

40 OCDE, *Regulatory Impact Analysis: Best Practice in OECD Countries*, París, 1997.

41 Este aspecto es destacado especialmente por CÓRDOVA NOVION, César, *Regulatory Impact Assessment in Mexico*, en Kirkpatrick/Parker (eds.), Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 244.

**CAPÍTULO 4.
LAS PRECONDICIONES PARA LA INTRODUCCIÓN DE UN
SISTEMA DE ANÁLISIS REGULATORIO EN MARRUECOS**

Tomás Vázquez Lépinette

Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Mercantil y abogado

4.1. LA MAXIMIZACIÓN DEL RESPALDO POLÍTICO

La experiencia demuestra que una condición *sine qua non* para que pueda implantarse un sistema de análisis de impacto regulatorio es la existencia de un apoyo político al más alto nivel, tanto en el seno del poder ejecutivo, como en el legislativo. En este sentido, debe recalarse que el mecanismo de análisis de impacto regulatorio no sustituye la decisión política, sino que, por el contrario, sirve para asegurar el acierto de la misma y de sus medidas de ejecución, tanto en su diseño, como en su aplicación. Por tanto, se trata de un mecanismo para reforzar la capacidad de intervención pública, y no de limitación de la misma.

La «Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation» (JORF n°199 du 29 août 2003), justifica la existencia de un análisis de impacto regulatorio del modo siguiente:

«La loi ne peut et ne doit pas être le seul outil de notre politique. Il convient, avant toute proposition nouvelle, de vérifier qu'une plus grande attention à l'application effective des textes en vigueur ne répond pas aux besoins identifiés. L'excès de réglementation a un coût. Il peut conduire à une dévaluation de la règle de droit, qui fragilise l'autorité de l'Etat.»

Adicionalmente, debería contarse con el apoyo de organizaciones representativas de la sociedad civil, tales como asociaciones de empresarios, sindicatos, etc., y del público en general mediante las adecuadas campañas de divulgación.

Pues bien, esta maximización del respaldo político puede conseguirse a través de tres elementos fundamentales:

- (i) De la naturaleza de los entes participantes en el mecanismo de análisis regulatorio.
- (ii) Del fundamento jurídico del análisis de impacto regulatorio.
- (iii) De la fijación expresa de un apoyo presupuestario a largo plazo para el mecanismo de análisis regulatorio.

4.1.1. PARTICIPANTES

Los principales implicados en la confección de los análisis de impacto regulatorio deben ser los organismos clave en la estructura estatal marroquí, a saber:

- El Gabinete del Primer Ministro.
- La Secretaría General del Gobierno.
- El Ministerio de Justicia.
- El Ministerio de Economía y Finanzas.
- Las asesorías legales de los ministerios.

- El Parlamento y sus órganos de Gobierno y de asesoramiento legal.

Naturalmente, el papel de todos estos organismos en el seno del proceso de análisis de impacto no puede ser el mismo, pero sí que es conveniente:

- Que el informe en el que se sustancia un análisis de impacto regulatorio sea remitido a la Secretaría General del Gobierno.
- Que el informe en el que se sustancia el análisis de impacto regulatorio, cuando se trate de un proyecto de ley, se remita al Parlamento, junto con el proyecto de ley correspondiente.

4.1.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

El segundo elemento externo que demuestra el grado de apoyo político de que goza el análisis de impacto regulatorio, es el nivel en la jerarquía normativa del texto legal que sirve de fundamento jurídico. Ya hemos visto que en la práctica internacional este nivel varía notablemente, y que puede ser desde una norma interna al Gobierno (una circular del primer ministro) a un decreto o a una ley formal. Sin embargo, en la mayor parte de los países de la OCDE, la práctica ha sido hacerlo mediante una norma con rango de ley o de decreto.

En el caso marroquí, dada la inexistencia hasta ahora de un sistema formal de análisis de impacto regulatorio, proponemos que, como forma de exteriorizar el apoyo político de que goza el sistema, el fundamento jurídico del análisis de impacto regulatorio se haga por medio de un decreto o de una ley formal, aprobada por el Parlamento⁴².

4.1.3. DEL APOYO PRESUPUESTARIO A LARGO PLAZO AL MECANISMO DE ANÁLISIS DE IMPACTO

Finalmente, un elemento imprescindible para el correcto asentamiento del sistema de análisis de impacto regulatorio es la manifestación expresa de que se trata de un proyecto cuyos resultados se esperan a largo plazo. Por tanto, la manifestación más clara de apoyo es la previsión expresa de dotar al programa de establecimiento de un mecanismo de análisis de impacto de la financiación correspondiente a largo plazo, sobre una base quinquenal o incluso decenal. Como lo demuestra la práctica internacional, sólo este tipo de inversión a largo plazo permite modificar unas prácticas de producción legislativa firmemente asentadas en la tradición.

42 Conforme, KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 178.

4.2. LA RECOGIDA DE INFORMACIÓN

4.2.1. INFORMACIÓN

Uno de los elementos de la mayor importancia es el establecimiento de un sistema eficaz de recogida de información que permita conseguir los datos necesarios para la realización de los análisis de impacto. La calidad del análisis regulatorio depende en buena medida de la precisión y disponibilidad de los datos cuantitativos disponibles.

En la actualidad, en Marruecos existen diversos organismos que recogen datos y elaboran estadísticas (entre otros, la Dirección de Política Económica General del Ministerio de Finanzas; la Dirección de Estadística del Ministerio del Plan, el Ministerio de Justicia), por lo que no se trataría de crear un organismo *ex novo*, pero sí que sería imprescindible que se estableciera un mecanismo de colaboración entre el órgano encargado de realizar los análisis de impacto regulatorio y los organismos productores de estadísticas. Es más, debería preverse la posibilidad de que el órgano encargado de realizar los análisis de impacto regulatorio pudiera acordar, bien directamente, bien a través de la Secretaría General del Gobierno, los criterios de recogida de datos que están en poder de los restantes organismos de la Administración, e incluso que pudiera proponer la concreta tipología de datos que han de ser objeto de recogida.

4.2.2. RECOMENDACIONES

Recomendamos la creación de mecanismos legales de colaboración entre el órgano encargado del análisis regulatorio y el resto de las administraciones públicas en orden a la recogida de información.

4.3. LOS RECURSOS HUMANOS EN EL ANÁLISIS REGULATORIO

4.3.1. LOS EQUIPOS DE ANÁLISIS REGULATORIOS

La creación de un equipo de personas con las capacidades adecuadas es uno de los elementos de mayor importancia para la implantación de una sistema de análisis de impacto regulatorio⁴³. Es por ello que, si bien en los momentos iniciales podría recurrirse a consultores externos, en una fase posterior parece que lo más adecuado sería que el personal dedicado a esta tarea (a tiempo completo o a

43 A título de ejemplo, en Australia, se formó a más de 400 personas en el periodo 2003-2004 y 2004-2005.

tiempo parcial) procediera de la propia administración pública. En efecto, dado que una de las funciones esenciales de un Estado es la regulación, se trata de garantizar la existencia de un núcleo estable de personas con el peso político y la calidad técnica necesarios para emprender esta tarea de análisis de impacto.

En particular, serían necesarios, además de los cargos políticos de las áreas clave, los siguientes tipos de expertos:

- Juristas: desarrollarían las tareas relativas al análisis normativo, tanto desde el punto de vista formal (calidad y claridad de la redacción), como desde el punto de vista sustantivo (coherencia con el sistema, razonabilidad, etc.).
- Economistas: realizarían los análisis de coste-beneficio, de eficiencia, la afectación a la competencia.

4.3.2. LA FORMACIÓN DE LOS LEGISLADORES

En paralelo a la formación de equipos de personas especializadas en cuestiones de análisis de impacto regulatorio, debería procederse también a formar a los legisladores. No debería permitirse a funcionario alguno participar en la redacción de un texto normativo, si previamente no ha tenido una formación en materia de calidad normativa y de análisis de impacto.

4.3.3. RECOMENDACIONES

- Debería crearse en el seno de la administración pública y en los órganos de asesoramiento del Parlamento un equipo de especialistas en materia de análisis de impacto regulatorio.
- Sin perjuicio de lo anterior, como se trata de una tarea costosa y que se alarga en el tiempo, deberían iniciarse los trabajos con asesores externos.
- No debería permitirse la participación en el proceso normativo de aquellos funcionarios que carezcan de formación en materia de calidad legislativa y de análisis de impacto.

**CAPÍTULO 5.
LOS ELEMENTOS INSTITUCIONALES DEL ANÁLISIS
DE IMPACTO REGULATORIO EN MARRUECOS**

Tomás Vázquez Lépinette

Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Mercantil y abogado

5.1. LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO ENCARGADO DE LA REALIZACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

5.1.1. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA REALIZACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

Los análisis de impacto regulatorio podrían realizarse, bien en cada ministerio, bien en un órgano centralizado, o en un sistema intermedio en el que la evaluación se realizase en una fase inicial en cada ministerio y, el desarrollo subsiguiente, en un órgano centralizado.

A nuestro juicio, es claro que la solución menos eficaz es que cada ministerio realice sus propios análisis de impacto. Ello supondría una gran dispersión y tendría, en nuestra opinión, más inconvenientes que ventajas. Por el contrario, tendría mayor garantía de éxito la creación de un órgano a la vez centralizado e independiente. La necesidad de un órgano centralizado viene dada por razones de eficacia, toda vez que, por un lado, permite economías de escala y de alcance y, por otro, evita la descoordinación entre distintos órganos. Sin embargo, esta opción también presenta inconvenientes prácticos, uno de los cuales es que se produjera un colapso del sistema por exceso de trabajo. Por esta razón creemos que la estructura adecuada sería que cada ministerio hiciera un análisis preliminar y que, posteriormente, se remitiera dicho análisis al órgano encargado de hacer un análisis regulatorio en profundidad.

Habida cuenta del principio de separación de poderes, las proposiciones de ley no podrían someterse a la evaluación realizada por este órgano independiente (pero encuadrado en el ejecutivo). Por ello, entendemos que deberían ser los propios servicios del Parlamento los encargados de realizar un análisis de impacto regulatorio.

Por último, una cuestión conectada con la anterior es quién debe ser el órgano que realice los análisis de impacto regulatorio. A nuestro juicio, dada la arquitectura institucional marroquí, parece que quien debería cumplir con esa función debería ser un organismo especializado dependiente del Gabinete del Primer Ministro. En efecto, no sólo el Primer Ministro ejercita el poder reglamentario y, bajo su presidencia, el Gobierno aprueba los proyectos de ley (arts. 63 y 66 de la Constitución marroquí), sino que sobre todo, con ello se conseguiría mostrar el respaldo político al más alto nivel y se aseguraría una fuente de financiación estable⁴⁴. Este organismo (que podría llamarse, por ejemplo, Oficina de Control de la Calidad Legislativa) tendría una triple función:

44 En este sentido se pronuncian expresamente KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Massachusetts), 2008, p. 177, que abogan por que el organismo encargado del análisis de impacto esté incardinado en el seno del Gabinete del Primer Ministro.

- (i) Debería dictar las directivas para la realización de los análisis de impacto regulatorio.
- (ii) Prestaría asistencia técnica a los ministerios en la redacción de los análisis de impacto regulatorio preliminares.
- (iii) Verificaría el cumplimiento de la normativa de análisis de impacto regulatorio.

Adicionalmente, como una suerte de mecanismo de equilibrio, convendría que esta Oficina de Control de la Calidad Legislativa estuviera supervisada por la Secretaría General del Gobierno. En este caso, deben precisarse cuatro cuestiones fundamentales:

- (i) El control de la Secretaría General del Gobierno debe ser técnico y no político, esto es, sólo puede verificar la correcta aplicación de las directivas de análisis regulatorio.
- (ii) El organismo encargado de remitir al Parlamento el informe de impacto (en el caso de proyectos de ley) debería ser la Secretaría General del Gobierno, como una forma de exteriorizar su aprobación.
- (iii) En el caso de los proyectos de ley, la remisión al Parlamento del informe de impacto es un acto debido, sin el cual no puede iniciarse el proceso legislativo.
- (iv) Pasado un tiempo prudencial, ha de darse publicidad a los informes realizados por el órgano competente, aunque no se haya producido la remisión por la Secretaría General del Gobierno del proyecto de ley al Parlamento o no se haya aprobado la norma de rango inferior a ley.

5.1.2. RECOMENDACIONES

- Recomendamos la atribución a un organismo dependiente del Gabinete del Primer Ministro la realización de los análisis de impacto regulatorio.
- Sin perjuicio de lo anterior, el análisis preliminar debería ser llevado a cabo en el ministerio correspondiente.
- La Secretaría General del Gobierno debería ser el órgano de control técnico de la calidad de los análisis de impacto regulatorio.

5.2. PRIORIZACIÓN DE LOS SECTORES OBJETO DE UN ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

5.2.1. PRIORIZACIÓN

En principio, el análisis de impacto regulatorio debería hacerse respecto de toda la normativa de rango legal o reglamentario o, por lo menos, de aquélla de mayor relevancia para los ciudadanos. Sin embargo, dados los recursos limitados con

los que se suele contar, es frecuente que, por lo menos en el momento inicial, los análisis se limiten a evaluar el impacto normativo en sectores sociales o económicos determinados (PYMES, impacto sobre el empleo, sobre las familias más desfavorecidas, inversores extranjeros, etc.). Por tanto, es imprescindible sentar una directriz clara respecto de aquellos aspectos y sectores que se consideran políticamente más relevantes y que han de ser objeto de análisis de impacto regulatorio.

5.2.2. RECOMENDACIONES

- Recomendamos que el organismo de control de calidad regulatoria establezca una directriz clara respecto a los sectores políticamente más relevantes, en relación con los cuales conviene efectuar un análisis de impacto regulatorio.

5.3. LA INTEGRACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN EL PROCESO NORMOGENÉTICO

5.3.1. ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO Y PROCESO DE CREACIÓN DE LAS NORMAS

Dado el carácter instrumental que tienen los análisis de impacto regulatorio, esto es, dada la naturaleza de instrumento de evaluación de políticas legislativas, es evidente que cuanto antes tenga lugar dicha evaluación en el proceso de creación de la norma, mayor será su utilidad.

En la mayor parte de los países en los que está implantado el análisis de impacto regulatorio, éste tiene lugar respecto del primer borrador del proyecto de ley o de decreto. En esta fase tan inicial, un análisis de impacto regulatorio puede aportar elementos relevantes para mantener o modificar la norma proyectada, de acuerdo con la finalidad política perseguida por la misma y con los parámetros de control que se adopten (efecto en el gasto público, en la competencia, etc.), sin que ello suponga una demora excesiva⁴⁵. Por el contrario, es muy probable que la elaboración de un análisis de impacto regulatorio en un momento ulterior no sea útil, en cuanto que sea demasiado tarde para influir en el contenido de la norma proyectada. En tales casos, el análisis de impacto regulatorio se desnaturalizará, sirviendo más de

⁴⁵ Las experiencias empíricas demuestran que la introducción de un sistema de análisis de impacto regulatorio no introduce una demora importante en el proceso legislativo. Cf. Department of the Taoiseach, *Report on the Introduction of Regulatory Impact Analysis*, Dublin, 2005, p. 9: «The experience of the pilot phase indicates that the use of RIA does not slow down the regulatory process, particularly given the general pace of legislative procedures».

justificación de una decisión técnico-política ya adoptada, que de instrumento de evaluación de la política legislativa.

5.3.2. RECOMENDACIONES

- El proceso de análisis regulatorio debe iniciarse desde que se redacta un primer borrador de una norma. A tal efecto, debería procederse a una evaluación inicial sobre el particular.

5.4. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

5.4.1. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO DEBE TENER UN CARÁCTER DUAL

A nuestro juicio, siguiendo los modelos más avanzados, el sistema de evaluación del análisis de impacto normativo en Marruecos debería distinguir dos tipos de análisis distintos. En primer lugar, debería hacerse en cada ministerio, con el asesoramiento, en caso de ser necesario, de la Oficina de Control de la Calidad Legislativa, un análisis preliminar. Sólo en el caso de que de dicho estudio preliminar resultara que se produce un impacto normativo relevante, debería procederse a realizar un análisis en profundidad. Este mecanismo dual tiene, en nuestra opinión, dos ventajas principales.

Por un lado, permite la involucración en el proceso de calidad normativa a los ministerios, que al fin y a la postre, son los que realizan todo el proceso prelegislativo. Es un factor de extrema importancia que los funcionarios de los ministerios sean conscientes de la importancia que tiene la calidad legislativa y del papel relevante que pueden tener ellos en dicho proceso.

Por otro lado, permite un ahorro en costes, pues al hacerse una criba de los proyectos carentes de impacto (o de bajo impacto), permite una utilización más eficiente de los recursos puestos a disposición del organismo encargado de asegurar la calidad normativa.

5.4.2. RECOMENDACIONES

- Debe distinguirse entre un análisis inicial y un análisis de fondo, reservando este último sólo para los supuestos en los que del análisis inicial resultara que el impacto sería medio o alto.
- El primero sería realizado por los ministerios implicados, de acuerdo con las pautas y bajo el control de la Oficina de Control de la Calidad Legislativa, y el segundo por la propia Oficina.

5.5. LA APLICACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO RESPECTO DE LA REGULACIÓN PREEXISTENTE Y LA DE NUEVA CREACIÓN

En caso de establecerse un mecanismo de análisis de impacto regulatorio, parece claro que debería aplicarse, no sólo respecto de la normativa que entrara en vigor después de la puesta en marcha de dicho mecanismo, sino también respecto de la anterior. El porqué es sencillo de explicar, los efectos positivos que se derivan de un mecanismo de análisis de impacto regulatorio quedarían severamente limitados si no se aplicara a la legislación anterior, que puede ser disfuncional.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que las implicaciones constitucionales son distintas, pues no es lo mismo un control de calidad sobre normas en fase de producción que sobre normas (y en particular respecto de aquéllas con rango de ley) ya vigentes –sobre todo si la falta de calidad puede determinar su inconstitucionalidad–⁴⁶.

De nuevo, al igual que sucede con la realización de un análisis de impacto regulatorio respecto de la legislación de nueva creación, inicialmente sería recomendable limitar los análisis de la legislación preexistente a determinados sectores del ordenamiento jurídico, de mayor importancia social o económica⁴⁷. Esto podría suponer incluso la eliminación de sectores normativos completos, como ocurrió en Suecia.

5.6. LA PUBLICIDAD DEL INFORME DE ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

La clave de bóveda del sistema de análisis de impacto regulatorio es la publicidad. El informe en el que se sustancia el análisis de impacto regulatorio de una norma determinada debe ser público y fácilmente accesible. La transparencia es un requisito imprescindible para el correcto funcionamiento del sistema, toda vez que permite a todos los interesados averiguar cuál ha sido el objetivo perseguido con la norma y su finalidad. Con ello, puede hacerse un análisis *ex-post* riguroso, comparando el resultado deseado y el realmente conseguido por la norma.

46 Sobre esta cuestión, cf. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Calidad de la ley y calidad del control de la ley*, Derecho privado y Constitución, nº 17, enero-diciembre 2003.

47 Problema distinto del anterior es el volumen de legislación nueva que hay que analizar por unidad de tiempo. En este sentido, en los Estados Unidos se ha acreditado la existencia de un elevado volumen normativo al final del mandato de un presidente, lo que en la práctica hace que la calidad del control regulatorio se resienta. Sobre esta cuestión, *vid.* BRITO, Jerry y DE RUGY, Veronique; *Midnight Regulations and Regulatory Review*, George Mason University, working paper 08-34, septiembre 2008 (accessible en <http://ssrn.com/abstract=1272078>).

**CAPÍTULO 6.
ALGUNOS EJEMPLOS DE ANÁLISIS DE IMPACTO
REGULATORIO 'EX-POST'**

María Bahnini
Doctora en Derecho y asesora jurídica

6.1. INTRODUCCIÓN

Como complemento de lo expuesto hasta ahora, realizaremos seguidamente, a modo de ejemplo, un análisis del impacto normativo *ex-post* de las siguientes leyes:

- 1) Ley sobre la gestión delegada, ya que numerosas empresas españolas se implican en el proceso y responden a las licitaciones. Los principales ejemplos en los que han participado recientemente empresas españolas son:
 - La delegación de la gestión del transporte urbano del área metropolitana Rabat- Salé.
 - La delegación de gestión de las policlínicas de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS) a la que ha concurrido el grupo español USP Hospitales.
- 2) Ley de arbitraje y mediación, que al ofrecer una alternativa a los tribunales de comercio para la resolución de controversias resulta muy interesante para el conjunto de inversores y en particular para los inversores extranjeros.
- 3) Ley de Sociedades Anónimas, modificada por la Ley nº 1-08-18 de 23 de mayo de 2008.

6.2. LEY DE GESTIÓN DELEGADA

La Ley nº 54-05, publicada en el BOE de 16 de marzo de 2006, relativa a la gestión delegada de servicios públicos establece una serie de normas para la gestión delegada de los servicios públicos, cada día más usual en Marruecos. Con anterioridad, esta gestión tenía un fundamento estrictamente convencional, y se basaba en los grandes principios del Derecho administrativo sobre los servicios públicos:

- La continuidad del servicio público.
- La igualdad de los usuarios de un servicio público.
- La adaptación del servicio público a los adelantos tecnológicos, económicos y sociales.

La nueva ley no altera los usos contractuales utilizados desde hace años, pero establece adecuadamente las cláusulas mínimas del contrato de delegación de gestión y precisa algunos aspectos que era necesario negociar en cada caso, y que por lo tanto, no eran previsibles. Como ejemplo podemos citar el régimen contable de los bienes cedidos para su gestión delegada, o la posibilidad de hipotecar los bienes afectos que se han de revertir. La ley aumenta la transparencia y previsibilidad de la delegación de gestión.

6.2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Dicha ley se aplica a los contratos de gestión delegada de servicios y/o de obras públicas celebrados por:

- Las entidades locales o sus agrupaciones.
- Las administraciones públicas.

Así pues, independientemente de que se trate de una entidad local o agrupación, o una administración pública, las disposiciones de la ley han de aplicarse obligatoriamente.

A tenor del artículo 2 de la ley, la gestión delegada puede referirse a:

- La realización y/o la gestión de una obra pública cuando se concurra para la gestión del servicio público delegado, en cuyo caso se trata de una concesión íntegra.
- La gestión del servicio público, en cuyo caso se trata de una delegación de gestión del servicio público.

La ley permite que la autoridad delegante establezca el régimen jurídico de la delegación de la gestión. Es neutra en lo relativo a la estructura jurídica, a condición de que, en el contrato final, el servicio concedido conserve su naturaleza y sea un servicio público (artículo 3).

6.2.2. ELECCIÓN DE LA ENTIDAD DELEGADA

La entidad delegada puede ser una persona jurídica de Derecho público o privado, nacional o extranjera. La ley no establece una preferencia nacional.

Al contrario de lo que ocurría anteriormente, para la contratación directa y salvo en los supuestos tasados enumerados en el artículo 6, la ley impone a la autoridad delegante la obligación de convocar a la competencia para garantizar la igualdad de los candidatos, la objetividad de los criterios de selección, la transparencia de la operación y la imparcialidad de las decisiones (artículo 5).

En el caso de las entidades locales será el Gobierno quien establezca la forma y modo de elaboración de los documentos de la licitación, y para las administraciones públicas será el consejo de administración o el órgano de deliberación equivalente.

Esa cláusula permite que cualquier autoridad delegante disponga de una gran libertad para establecer el calendario de la licitación, los criterios de selección del candidato y las tablas que se utilizarán para evaluar las ofertas. Ningún elemento de la ley impone a la autoridad delegante la obligación de elegir al mejor mediante una ponderación obligatoria de las referencias del licitador, los términos del expediente técnico y de la oferta financiera. Por lo tanto, nada impide que la

autoridad delegante se base, a la hora de calificar, en la suma que recibirá incluso si la calidad del servicio se resintiera, o que seleccione la oferta más tentadora si los criterios de selección se refieren a la calidad del servicio sin tener en cuenta el coste, en detrimento de los usuarios.

Incluso, aunque el artículo 3 párrafo 2 prevé que «la entidad delegada garantizará sus prestaciones al menor coste y en las mejores condiciones de seguridad, calidad y de protección para el medio ambiente». Al no establecer cuáles son los principios de calificación de las ofertas, reina la subjetividad. Para garantizar una mayor transparencia en la elección de la entidad delegada, sería necesario precisar dichos principios de evaluación.

Además, sería necesario que existieran unos plazos firmes para la elección de la entidad delegada. Algunas licitaciones duran demasiado, incluso más de un año, antes de que la autoridad delegante realice su elección. Así pues, por un lado los licitadores permanecen en la incertidumbre durante muchos meses y a veces no participan en otros concursos a la espera de la respuesta de la autoridad delegante, lo cual constituye para ellos un perjuicio a tener en cuenta. Y por otro lado, en un plazo tan amplio, las condiciones económicas generales pueden cambiar de modo significativo y los licitadores no pueden modificar las condiciones económicas de su oferta, lo cual les supone un perjuicio adicional. Cabe citar, como ejemplo, la delegación del transporte urbano de Rabat; el proceso fue excesivamente prolongado, y mientras tanto el precio del petróleo se disparaba.

6.2.3. ECONOMÍA GENERAL DEL CONTRATO DE GESTIÓN DELEGADA

a) Contrato tipo

Cuando la autoridad delegante sea una entidad local, el Gobierno podrá establecer una serie de contratos tipo y la lista de cláusulas obligatorias que ha de contener el contrato, así como el modo de aprobación (artículo 12 de la ley).

En este caso, el recurso a un contrato-tipo no nos parece apropiado. La delegación de gestión de una línea de tranvía o de la distribución de agua y electricidad, incluso si responden a principios comunes, debe realizarse mediante contratos específicos, adaptados a las necesidades del servicio cuya gestión va a ser objeto de delegación. La ley determina los principios rectores, la existencia de contratos-tipo únicamente retoma el mínimo denominador común a todas las delegaciones de gestión, que ya consta en la ley y que en realidad constituiría una redundancia inútil.

b) Duración

La ley no prevé una duración máxima de la gestión delegada, lo deja a la apreciación de la autoridad delegante. Esa disposición se halla completamente justificada puesto que resulta difícil fijar una duración homogénea para todas las delegaciones de gestión, de cualquier sector. Sin embargo, la ley estipula que la

duración del contrato se halle limitada en el tiempo, y tenga en cuenta la naturaleza de las prestaciones solicitadas y la duración normal de la amortización de la inversión llevada a cabo por la entidad delegada (artículo 13).

El contrato no podrá ser prorrogado de manera excepcional y únicamente, en caso de prórroga, de la prestación inicial.

Dicha prórroga sólo se producirá una única vez y se realizará mediante un anexo del contrato inicial.

c) Elementos del contrato

El contrato de gestión delegada se compone por orden de prioridad de:

- El convenio.
- El pliego de condiciones.
- Los anexos.

El contrato de gestión delegada puede incluir el pliego de condiciones.

La oferta de la entidad delegada también puede ser remitida, junto con el contrato, como documento anexo en caso de ser aceptada tal cual. Por el contrario, si durante las negociaciones es modificada o enmendada, se recogerá en un apéndice que se unirá al contrato.

El contrato deberá incluir cláusulas de aplazamiento para que las partes puedan examinar, con regularidad, el estado de ejecución del contrato. Puesto que, en principio, la delegación de gestión está prevista para un largo periodo de tiempo, las cláusulas de aplazamiento no constituyen una nueva ronda de negociaciones, pero permiten que cada una de las partes transmita a la otra sus observaciones sobre la gestión delegada y reajustar el contrato si fuera necesario (artículo 19), respetando en todo momento el equilibrio económico del convenio y los derechos de los usuarios.

d) Régimen contable de la delegación de gestión

La ley también remite a un régimen contable único para los bienes de la delegación (artículo 15). Así pues, acaba con numerosos interrogantes y dudas a los que tenían que enfrentarse las entidades delegadas y para quienes resultaba difícil encontrar una respuesta, ya que ese problema se trataba caso por caso. En virtud de dicho artículo las entidades delegadas pueden conocer de manera cierta el régimen contable aplicable.

e) Fin de la delegación de gestión

El contrato ha de incluir disposiciones relativas a su finalización «normal» y anticipada. Al tratarse de un contrato de larga duración, es normal que la delegación de gestión prevea cláusulas de finalización anticipada. La lista del artículo 10 de la ley no es tasada. En concreto, se refiere a los siguientes supuestos:

- Adquisición de la gestión delegada por la autoridad delegante tras un periodo de tiempo.
- Suspensión de la entidad delegada en caso de falta grave de ésta.
- Rescisión del contrato en caso de falta grave de la entidad delegada.
- Rescisión del contrato en caso de fuerza mayor.

Cabe destacar que la ley sólo establece supuestos de rescisión a iniciativa de la autoridad delegante. No prevé de modo explícito ningún caso de rescisión a iniciativa de la entidad delegada y/o por incumplimiento de la autoridad delegante, circunstancia que cabe tener en cuenta. Podría suceder que la autoridad delegante no realizase inversiones que se hubiera comprometido a efectuar o que no autorizase incrementos de tarifas necesarios. Por lo tanto, resulta imperativo recoger dichos casos en el convenio de gestión delegada. Asimismo, es necesario que en el convenio de gestión delegada el concepto de «fuerza mayor» se defina de modo más preciso. La fuerza mayor es de contenido jurisprudencial y la jurisprudencia, por definición, puede variar de un país al otro, siendo muy importante que las dos partes tengan la misma percepción para evitar futuros conflictos.

f) Resolución de conflictos

El contrato ha de prever los procedimientos de regulación de conflictos, ya sea por vía judicial o arbitral, con un procedimiento de conciliación previo y obligatorio (artículo 9).

El arbitraje será objeto de estudio tras la delegación de gestión. Por otra parte, resulta interesante centrarse en la vía judicial puesto que en materia de gestión delegada, es necesario precisar cuál es el tribunal competente, dado que la autoridad delegante es una persona jurídica de Derecho público y la entidad delegada una persona jurídica de Derecho privado.

En principio, según los principios generales del Derecho, todo recurso de la autoridad delegante contra la entidad delegada debería interponerse ante los tribunales comerciales, puesto que en la mayoría de los casos, la entidad delegada es una sociedad mercantil. En cambio, todo recurso contra la autoridad delegante debería presentarse ante la jurisdicción administrativa.

En cambio, si se reconoce que el servicio público objeto de concesión es un servicio público, y que la naturaleza pública y el interés legal del servicio prevalecen respecto a la forma jurídica de la entidad delegada, ya que en general se trata de la transferencia de competencias públicas de la autoridad delegante a la entidad delegada, de la ocupación del dominio público y de la realización de obras públicas, entonces los tribunales administrativos son competentes para conocer todos los casos.

La jurisprudencia marroquí fluctúa al respecto y la Corte Suprema no se ha pronunciado para solucionar el conflicto. Sería necesario que la ley aclarase ese punto, indicando cuál es el único tribunal competente en materia de delegación de gestión de un servicio público en toda relación entre la autoridad delegante y la entidad delegada.

6.2.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD DELEGADA

a) Derechos de la entidad delegada

1) Equilibrio financiero del contrato

Durante la vigencia del contrato, la entidad delegada tiene derecho al equilibrio financiero del mismo (artículo 4). Al tratarse de un contrato de larga duración, aparentemente esa cláusula es muy protectora para las entidades delegadas, ya que permite renegociar los términos económicos y financieros del contrato si éstos empeorasen durante la delegación de gestión. Por desgracia, la ley no define el equilibrio financiero y, por lo tanto, da lugar a litigios posteriores entre la autoridad delegante y la entidad delegada sobre el concepto mismo de equilibrio financiero del contrato.

2) Intuitu personae y subcontratación

Por otra parte, aunque la ley en su artículo 11 precisa que el contrato de gestión se celebra por las características personales de la entidad delegada, en algunos supuestos ésta puede subcontratar una parte accesorias de sus obligaciones (artículo 21). Asimismo, la ley precisa que la entidad delegada responderá personalmente ante la autoridad delegante y terceros del cumplimiento de todas las obligaciones que le imponga el contrato de gestión delegada. Esa regla constituye una aplicación del Derecho común de responsabilidad, y sencillamente retoma el artículo 925 del DOC (Derecho de Obligaciones y Contratos) que establece que «Los actos debidamente cumplidos por el mandatario, en virtud del mandato y dentro del límite de sus poderes, producen su efecto en favor del mandante y contra él, como si el mismo mandante los hubiera llevado a cabo».

3) Constatación de las infracciones

La entidad delegada podrá, a través de agentes jurados, constatar si los usuarios han cometido infracciones (artículo 22). Se trata de una prerrogativa de poder público que la autoridad delegante transfiere a la entidad delegada para las necesidades del servicio público. Esa disposición permite que la entidad delegada pueda suspender el servicio (agua y electricidad) y /o imponer penalizaciones si el usuario no respetase sus compromisos contractuales, sin necesidad de otras formalidades de uno o varios requerimientos o la constatación de la infracción por parte de los agentes jurados.

4) Prerrogativas de poder público

El servicio delegado es un servicio público, por lo que la entidad delegada ejerce un poder público competencia de la autoridad delegante. Además de la hipótesis señalada en el párrafo anterior, la entidad delegada puede tener

derecho a ocupar el dominio público vinculado al servicio delegado durante toda la duración del contrato (artículo 23). Asimismo, puede existir un derecho de expropiación según las condiciones definidas por la Ley n° 7-81 de 6 de mayo de 1982 de expropiación forzosa, cuando el interés del servicio público lo requiera. Cuando los trabajos a realizar se efectúen en terreno público (construcción de autopistas, redes de transportes...) también pueden tener la naturaleza de obras públicas.

5) Posibilidad de hipotecar los bienes afectos

La ley permite que en algunos casos la entidad delegada hipoteque los bienes afectos que se han de revertir, como garantía de las deudas en las que hubiese incurrido. Dicha autorización no es total. Sólo se refiere a los contratos de gestión delegada celebrados por las administraciones públicas, y no por las entidades locales. Además, no se trata de una posibilidad automática, sino que debe estar prevista en el contrato de delegación de gestión.

Esa disposición legal se adoptó tras las reclamaciones de las entidades delegadas de servicios públicos con dificultades para encontrar financiación en el mercado marroquí y que, como garantía del mismo, debían acudir a su sede central o a sus accionistas. Así pues, esa disposición legal pone fin a un vacío legal. Evidentemente no puede aplicarse a los bienes afectos de los contratos de delegación de gestión celebrados por las entidades locales, puesto que por definición dichos bienes pertenecen al dominio público y, por lo tanto, no pueden ser enajenados ni dados en garantía.

Sin embargo, la ley debería haber sido restrictiva y sólo habría de permitir que se constituyeran hipotecas sobre los bienes afectos de la delegación de gestión como garantía de las inversiones de gestión delegada. Esa imprecisión de la ley permite que la entidad delegada, una vez inscrita en el contrato de gestión delegada, pueda hipotecar los bienes afectos sin restricción alguna, incluyendo la posibilidad de financiar actividades ajenas a la delegación de gestión. Sería necesario establecer límites a dicha cláusula.

6) Indemnización

La ley no permite explícitamente que la entidad delegada rescinda el contrato si la autoridad delegante incumple sus obligaciones contractuales, pero reconoce expresamente su derecho a obtener una indemnización, cuyo principio y forma se establecerán en el contrato, en el supuesto de que la autoridad delegante no cumpla con sus obligaciones contractuales o rescinda el contrato por una razón no imputable a la entidad delegada (artículo 32, párrafo 3). Dicha cláusula retoma uno de los principios generales del Derecho de obligaciones y contratos que la legislación marroquí recoge en el artículo 21 del Dahir de Obligaciones y Contratos que establece «La obligación de resarcir los daños y perjuicios en el supuesto de incumplimiento».

b) Obligaciones de la entidad delegada

1) Gestión a su riesgo y ventura

La entidad delegada gestiona el servicio a su riesgo y ventura (artículo 24). Dicho principio es un principio fundamental de la delegación de gestión. Dicha cláusula incluso prohíbe que la autoridad delegante se inmiscuya en la gestión del servicio público delegado. La entidad delegada dispone de una amplia libertad de gestión sin perjuicio del respeto al convenio de gestión, al pliego de condiciones, y del poder de control de la autoridad delegante. La entidad delegada es el único responsable del servicio público delegado sin que la autoridad delegante pueda ser considerada responsable, salvo que ésta no haya ejercido el control de la gestión delegada que le corresponde y no haya obligado a la entidad delegada a respetar sus obligaciones.

2) Constitución de sociedad marroquí

Esta disposición se refiere únicamente a las entidades delegadas que no sean marroquíes. La entidad delegada debe constituirse en sociedad de Derecho marroquí, cuyo objeto principal sea la gestión del servicio público. La ley no prevé la posibilidad de ejercer actividades conexas, sólo se podrá hacer a título accesorio y exclusivamente cuando esas actividades sean necesarias para los usuarios o puedan contribuir a una mejora en la prestación. Dichas actividades sólo podrán efectuarse con autorización de la autoridad delegante (artículo 25) y bajo su control.

Este artículo resulta menos claro de lo que pudiera parecer en un principio, y en la práctica plantea serios problemas vinculados a la definición de entidad delegada.

Si se considera que la entidad delegada es la sociedad de Derecho marroquí, ningún elemento del texto prohíbe que el «adjudicatario» de la gestión delegada, sociedad o consorcio de sociedades cree una o varias sociedades en Marruecos para desempeñar actividades complementarias o que incluso compitan con la delegación de gestión.

Sin embargo, el citado artículo conservaría todo su significado si se considerase que la entidad delegada es la sociedad o el consorcio de sociedades que respondieron a la licitación.

El texto de la ley es impreciso al respecto, puesto que su artículo 25 párrafo 1 establece que «Toda entidad delegada deberá constituirse en sociedad de Derecho marroquí». La ley no precisa de modo explícito que dicha sociedad de Derecho marroquí se subrogue en lugar del adjudicatario en el conjunto de derechos y obligaciones. La ley en su artículo 3 estipula que: «La sociedad delegada deberá tener por objeto exclusivo la gestión del servicio público» sin aportar una definición precisa de la expresión «sociedad delegada». La ley sería mucho más clara si precisara lo siguiente: «La entidad delegada o la sociedad de Derecho marroquí en la que se subrogue deberá tener como objeto exclusivo la gestión del servicio público tal y como aparece definido en el convenio de delegación de gestión».

3) Transmisión del personal de la entidad delegada

La ley dispone que «Salvo pacto en contrario en el contrato de gestión delegada, el personal del servicio delegado se transmitirá a la entidad delegada, y se mantendrán sus derechos adquiridos» (artículo 26). Esta cláusula de protección del personal de la autoridad delegante puede plantear problemas cuando el personal empleado sea excesivo o carezca de la cualificación necesaria y suponga un obstáculo para la delegación de la gestión del servicio público. En la mayoría de los casos, la entidad delegada, si lo estima necesario, pondrá en marcha un plan de bajas voluntarias. La autoridad delegante podrá autorizar en el convenio de delegación de gestión la transmisión de sólo una parte del personal, con la condición de recolocar al resto en otros puestos o servicios. La ley también permite que la entidad delegada efectúe importantes ajustes en los efectivos de personal, siempre y cuando el alcance y modalidad de dichos ajustes figuren en el convenio, todo ello en pleno respeto de la legislación vigente. En realidad, la ley reconoce una gran libertad, tanto a la autoridad delegante como a la entidad delegada, en cuanto al modo de gestionar el personal.

4) Publicidad

La ley estipula que todas las etapas del proceso de delegación de gestión deberán ir acompañadas de publicidad.

El procedimiento de celebración del contrato de gestión delegada deberá ser objeto de publicidad previa (artículo 5 párrafo 2).

Para las administraciones públicas, se publicará en el Boletín oficial un extracto del contrato de gestión, y en el boletín oficial de las entidades locales para las entidades locales y sus agrupaciones. En dicho extracto figurará el nombre y condición de los contratantes, junto con el objeto, la duración, el alcance de la delegación y las cláusulas relativas a los usuarios (artículo 14).

Cabe preguntarse, con total legitimidad, cuál es la utilidad de dicha publicidad, dado que es parcial y, en realidad sólo retoma informaciones ya publicadas, en la mayoría de los casos, durante el proceso de licitación (alcance, duración). En cuanto a las cláusulas relativas a los usuarios, cabe considerar que todas las cláusulas del contrato se refieren a los usuarios, puesto que se supone que tanto el modo de ejecución y el precio del servicio público objeto de cesión son en beneficio de los usuarios.

Para que la transparencia fuera total, el contrato de delegación de gestión debería publicarse íntegramente.

La entidad delegada deberá publicar en un diario de anuncios legales, en los seis meses siguientes al cierre de cada ejercicio social, las cuentas anuales y el informe de los censores de cuentas. Dichos documentos también deberán hallarse a disposición del público en la sede de la autoridad delegante y de la entidad delegada, todo ello so pena de sanción (artículo 31).

6.2.5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD DELEGANTE

Los derechos de la autoridad delegante constituyen, al mismo tiempo, obligaciones.

La autoridad delegante tiene el derecho y el deber de controlar la gestión de la entidad delegada, así como su política de tarifas. Dichos derechos y obligaciones están vinculados a la naturaleza misma del servicio objeto de cesión que, al tratarse de un servicio público es también un servicio de interés general.

a) Control de gestión

La autoridad delegante controlará la gestión de la entidad delegada (artículo 17). Dicho control deberá de ser permanente, general, económico, financiero, técnico y de gestión. La entidad delegada se expone a sanciones, que se establecerán en el contrato, en caso de obstaculizar el ejercicio de dicho control. Sin embargo, ese control de gestión ha de ser un mero control y no una intromisión en la gestión, puesto que la entidad delegada gestiona el servicio por su cuenta y riesgo, y es libre en sus decisiones y modo de gestión. Así pues, el citado control no será un control de oportunidad, sino un simple control de conformidad con las disposiciones del convenio de delegación de gestión y del pliego de condiciones.

Además, la autoridad delegante efectuará un seguimiento de la gestión delegada (artículo 18) y deberá adoptar las medidas necesarias para una correcta ejecución, en particular en materia de tarifas (artículo 20).

b) Control de las tarifas

Las tarifas aplicadas a los usuarios constituyen la piedra angular del contrato de delegación de gestión, su aspecto central. Las tarifas establecidas por la entidad delegada condicionan tanto el equilibrio financiero del contrato como la satisfacción de los usuarios. Si la autoridad delegante controla las tarifas aplicadas por la entidad delegada durante todo el periodo de vigencia de la delegación, ésta última ha de poder reajustarlas según los criterios y modalidades minuciosamente definidos en el contrato. Las condiciones de evolución y las reglas de ajuste, de modificación o de ajuste de las tarifas, deberán constar de modo detallado en el contrato (artículo 29).

La autoridad delegante podrá sancionar a la entidad delegada en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales (artículo 32), al igual que la entidad delegada tendrá derecho a ser indemnizada si la autoridad delegante incumple sus obligaciones contractuales.

6.3. LEY SOBRE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

La Ley de arbitraje y mediación en Marruecos, promulgada el 6 de diciembre de 2007, por la que se modifica y sustituye el capítulo VIII del título V del Código de Procedimiento Civil, constituye una clara mejora de las disposiciones precedentes.

La ley fija los grandes principios del arbitraje nacional e internacional y algunas reglas de procedimiento. Salvo algunas excepciones, dicha norma se adecua a los reglamentos internacionales en materia de arbitraje, en particular al de la CNUCDI.

Además, introduce en el Derecho positivo marroquí la mediación, que ya existía en su forma jurídica en textos dispersos, en particular en la norma relativa al concurso y la liquidación judiciales.

Sin embargo, a pesar de constituir un avance, cabe la introducción en la ley de algunas mejoras y la realización de los siguientes comentarios.

6.3.1. FORMA

a) Código autónomo

La ley se ha incluido dentro de Código de Procedimiento Civil. Esa opción, además de complicar la numeración de los artículos, puede conducir a que el arbitraje y la mediación se diluyan en el procedimiento judicial, cuando en realidad constituyen una vía alternativa para la resolución de conflictos. Creemos que habría sido más adecuado crear un código separado y autónomo, más aún cuando la ley de arbitraje y mediación incluye procedimientos específicos ad hoc.

b) Redacción rigurosa

Aunque en su conjunto la ley está bien estructurada, su redacción podría ser más rigurosa. Para mejorar la calidad de la ley, sería necesario completar las definiciones, en particular las de arbitraje nacional e internacional, tal y como se señala posteriormente, y agrupar todos los artículos sobre recusación, uno tras otro. Los artículos 323 y 324 deberían preceder al artículo 327-7 y 328-8 párrafo 8, que también se refieren a la recusación.

6.3.2. FONDO

a) Arbitraje interno

Definición

La ley no define el concepto de arbitraje interno, y sí que define el arbitraje internacional como el que: «se refiere a intereses de comercio internacional y en el que el domicilio o sede de una de las partes, por lo menos, se halla en el extranjero.

El arbitraje es internacional si:

- 1) En el momento de conclusión del convenio, el establecimiento de las partes en el convenio de arbitraje se ubica en el extranjero o,

- 2) Uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en el que se encuentra el establecimiento de las partes:
 - a) El lugar del arbitraje, si así se estipula en el convenio o determina en virtud del presente convenio.
 - b) Todo lugar en el que deba ejecutarse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación mercantil o el lugar con el cual el objeto de la diferencia guarda una mayor relación».

Y por exclusión, se puede deducir que en el arbitraje interno el domicilio social de las dos partes está en Marruecos y que éstas acuerdan que el lugar del arbitraje sea Marruecos. Habría sido preferible que, en un paralelismo formal, tanto el arbitraje nacional como el internacional hubiesen sido definidos.

Caducidad del compromiso de arbitraje

El artículo 315 que define los elementos de validez del compromiso de arbitraje dispone in fine que «el compromiso caducará cuando el árbitro designado no acepte la misión que se le confía».

Esa cláusula aparentemente es contraria a la voluntad de las partes. Cuando las partes acuerdan resolver sus diferencias mediante arbitraje, el desistimiento de un árbitro no puede bastar para anular la voluntad declarada de las partes. La negativa del árbitro designado simplemente ha de conducir al nombramiento de otro, de común acuerdo. La ley mejoraría si se modificase dicho aspecto.

El control del árbitro por parte del fiscal del rey

El artículo 321 del nuevo Código de Procedimiento Civil establece que «las personas físicas que “habitualmente o por su profesión, ejercen la función de árbitro, sea de manera individual, o a través de una persona jurídica cuyo objeto social sea el arbitraje, deberán declararlo ante el fiscal general del Tribunal de apelación de la jurisdicción en la que residan o de la jurisdicción del domicilio social de la persona jurídica.

Tras examinar su situación, el fiscal general entregará un justificante de la declaración e inscribirá a los interesados en una lista de árbitros en el Tribunal de apelación”».

Según la ley ¿qué significa la expresión «tras examinar su situación»? ¿Se trata de un simple control de moralidad? Conforme a la definición del artículo 320 el árbitro ha de ser «una persona física plenamente capaz y que no haya sido condenado mediante sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada, por hechos contrarios al honor, honradez o a las buenas costumbres o que le impida ejercer una actividad comercial o cualquiera de sus derechos civiles comercio», o ¿se trata de un control de competencia? ¿En virtud de qué criterios se ha de efectuar dicho examen? Por desgracia la ley calla al respecto y, por lo tanto, proporciona un poder excesivo al fiscal que podría utilizarlo de manera arbitraria.

Además, ese poder de control del fiscal en la designación de los árbitros nos parece que carece de fundamento. Se trata de un control que, en principio, deberían ejercer las instituciones y los centros de arbitraje. Corresponde a cada institución fijar, de manera precisa, los criterios de selección de los árbitros. En la calidad de sus árbitros residirá la reputación de una institución de arbitraje, quien llevará a cabo un control riguroso tanto de la moralidad y ética de sus árbitros, como de sus competencias profesionales.

Recusación de un árbitro

La ley establece una lista tasada de los supuestos por los que un árbitro puede ser recusado. Dicha lista aparece en el artículo 323.

«Un árbitro podrá ser recusado cuando:

- 1. Haya sido condenado mediante sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada, por uno de los hechos enumerados en el artículo 320.*
- 2. Él mismo o su cónyuge o sus ascendientes o descendientes tengan un interés personal directo o indirecto en el litigio.*
- 3. Exista parentesco o afinidad entre el árbitro o su cónyuge y una de las partes hasta el primer grado de consanguinidad inclusive.*
- 4. Exista un proceso judicial en curso o terminado desde un periodo inferior a dos años entre una de las partes y el árbitro o su cónyuge o sus ascendientes o descendientes.*
- 5. Sea acreedor o deudor de una de las partes.*
- 6. Haya participado con anterioridad o presentado o actuado como testigo en la controversia.*
- 7. Haya actuado como representante legal de una de las partes.*
- 8. Exista un vínculo de subordinación entre el árbitro o su cónyuge o sus ascendientes o descendientes y una de las partes o su cónyuge o sus ascendientes o descendientes.*
- 9. Haya amistad o intimidad notoria entre el árbitro y una de las partes.»*

Sería necesario prever, en caso de recusación, el procedimiento para nombrar un nuevo árbitro. El reglamento de arbitraje de la CNUDCI proporciona, en sus artículos 11 y 12, soluciones interesantes que podrían ser retomadas fácilmente.

«Artículo 11

- 1. La parte que desee recusar a un árbitro deberá comunicarlo dentro de los quince días siguientes a la notificación del nombramiento del árbitro recusado a la parte recusante, o dentro de los quince días siguientes a la notificación del nombramiento del árbitro recusado a la parte recusante,*

o dentro de los quince días siguientes al conocimiento por su parte de las circunstancias mencionadas en los artículos 9 y 10.

2. *La recusación se notificará a la otra parte, al árbitro recusado y a los demás miembros del tribunal arbitral. La notificación se hará por escrito y deberá ser motivada.*
3. *Cuando un árbitro ha sido recusado por una parte, la otra parte podrá aceptar la recusación. El árbitro también podrá, después de la recusación, renunciar al cargo. En ninguno de ambos casos se entenderá que esto implica aceptación de la validez de las razones en que se funda la recusación. En ambos casos, se aplicará íntegramente el procedimiento previsto en los artículos 6 ó 7 para el nombramiento del árbitro sustituto, incluso si, durante el proceso de nombramiento del árbitro recusado, una de las partes no ha ejercido su derecho al nombramiento o a participar en el nombramiento.*

Artículo 12

1. *Si la otra parte no acepta la recusación y el árbitro recusado no renuncia, la decisión respecto de la recusación será tomada:*
 - (a) *Si el nombramiento inicial ha provenido de una autoridad nominadora, por esa autoridad;*
 - (b) *Si el nombramiento inicial no ha provenido de una autoridad nominadora, pero se ha designado anteriormente una autoridad nominadora, por esa autoridad;*
 - (c) *En todos los demás casos, por la autoridad nominadora que haya de designarse de conformidad con el procedimiento para la designación de autoridad nominadora, tal como se dispone en el artículo 6.*
2. *Si la autoridad nominadora acepta la recusación, se nombrará o escogerá un árbitro sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o elección de un árbitro, previsto en los artículos 6 a 9, salvo que, cuando ese procedimiento exija el nombramiento de una autoridad nominadora, el árbitro será nombrado por la autoridad nominadora que decidió respecto de la recusación».*

Incompetencia de los tribunales en caso de cláusula arbitral

El artículo 327 estipula:

«Cuando un litigio sometido a un tribunal arbitral en virtud de un convenio de arbitraje se presente ante un tribunal de justicia, éste deberá, cuando el demandado lo solicite, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, declarar la inadmisibilidad hasta que se agote la vía arbitral o se anule el convenio de arbitraje.

Si el asunto aún no ha sido presentado ante el tribunal arbitral, a solicitud del demandado, el tribunal de justicia deberá declarar la inadmisibilidad, salvo que el convenio de arbitraje sea manifiestamente nulo.

El demandado deberá presentar la solicitud antes de que el tribunal de justicia se pronuncie sobre el fondo del asunto. Dicho tribunal no podrá en ninguno de los dos casos declarar de oficio la inadmisibilidad.

Cuando se interponga ante el tribunal de justicia una de las demandas señaladas en los párrafos 1 y 2 anteriores, el procedimiento arbitral podrá iniciarse o proseguir y cabe que se dicte un laudo a la espera del pronunciamiento del tribunal de justicia».

A nuestro parecer y contrariamente a lo dispuesto en el artículo 327 párrafo 3 in fine, el tribunal convencional debería declararse incompetente de oficio desde que tenga conocimiento de la existencia de la cláusula arbitral, sin esperar a que lo solicite el demandado. El no tener en cuenta la cláusula arbitral equivale a no tener en cuenta la voluntad de las partes. Cuando la cláusula arbitral sea válida y efectiva, deberá ser automáticamente aplicada y corresponde al juez velar por su aplicación.

En artículo 327, en su último párrafo establece que: «Cuando se interponga ante un tribunal de justicia una de las demandas señaladas en los párrafos 1 y 2 anteriores, el procedimiento arbitral podrá, iniciarse o proseguir y cabe que se dicte un laudo a la espera del pronunciamiento del tribunal de justicia».

El último párrafo del citado artículo resta valor al laudo arbitral. Si el laudo se dicta, no será ejecutivo puesto que el artículo establece que es necesario esperar al pronunciamiento del tribunal convencional ¿Qué ocurriría entonces si las dos decisiones, arbitral y judicial, fueran contradictorias? Esa disposición puede generar conflictos entre la sentencia arbitral y judicial, a pesar de que el objetivo de la ley sea ofrecer un modo alternativo a los procesos judiciales para la resolución de conflictos.

Recusación de un árbitro

Artículo 327.8

¿Quién ha de pronunciarse sobre la recusación planteada? ¿Y ante quién ha de presentarse la recusación? Ese punto ha de ser aclarado y precisado, puesto que el párrafo 2 precisa que «se plantearán ante el presidente del tribunal las dificultades relativas a la recusación o revocación de los árbitros... ». Ese aspecto fundamental debería ser objeto de aclaración.

Sentencia interpretativa y sentencia rectificativa

La ley en su artículo 327-29 establece lo siguiente: «Si el tribunal arbitral no puede reunirse de nuevo, el poder de rectificar o de interpretar el laudo arbitral recaerá sobre el presidente del tribunal de la jurisdicción donde haya sido dictada la

sentencia arbitral, quien deberá pronunciarse en un plazo de treinta días mediante auto no recurrible».

Y en el artículo 327-30: «La demanda para la rectificación o interpretación del laudo suspende la ejecución y los plazos para recurrir hasta la notificación de la sentencia rectificativa o interpretativa».

«La sentencia dictada se considerará como parte integrante del laudo inicial...»

Todos esos preceptos plantean una serie de problemas y crean obstáculos concretos e innecesarios para la ejecución del laudo arbitral.

El primero de esos problemas tiene que ver con la competencia del tribunal. El arbitraje puede versar sobre litigios de carácter mercantil, civil o de gestión del servicio público ¿Cuál es el tribunal competente por razón de la materia? ¿El tribunal de primera instancia, el tribunal de comercio, el tribunal administrativo? La ley calla sobre la competencia material y se pronuncia sobre la competencia territorial, al precisar que se trata del tribunal en cuya jurisdicción se ha dictado el laudo. Ese silencio de la ley corre el riesgo de generar conflictos de competencia que resultaría conveniente evitar mediante una necesaria precisión legal. Asimismo, ese vacío legislativo puede provocar demoras en la ejecución de la sentencia arbitral.

Además, el poder de rectificar o interpretar el laudo arbitral no debe recaer sobre el presidente del tribunal competente territorialmente. Esa disposición, al reintroducir de pleno al poder judicial en un laudo arbitral, priva al arbitraje de sentido, ya que el auto del presidente del tribunal no sólo puede interpretar, sino también, lo cual es aún más preocupante, rectificar la sentencia arbitral, sin ser susceptible de recurso.

La solución de la CNUDCI nos parece, de lejos, preferible, al establecer lo siguiente en materia de interpretación y de rectificación de la sentencia:

«Artículo 35

- 1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, una interpretación del laudo.*
- 2. La interpretación se dará por escrito dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la recepción del requerimiento. La interpretación formará parte del laudo y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.*

Artículo 36

- 1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, que se rectifique en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o*

tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. Dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del laudo, el tribunal arbitral podrá efectuar dichas correcciones por su propia iniciativa.

2. *Esas correcciones se harán por escrito y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.*

Artículo 37

1. *Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir el tribunal arbitral, notificando a la otra parte, que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo.*
2. *Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento de un laudo adicional y considera que la omisión puede rectificarse sin necesidad de ulteriores audiencias o pruebas, completará su laudo dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud...»*

Exequátur y recurso contra el laudo arbitral

El artículo 327-33 estipula que: «El auto de denegación del exequátur ha de ser motivado».

Ese artículo es demasiado abierto y de nuevo proporciona al juez un gran poder de apreciación y una gran libertad. El auto de presidente del tribunal competente sólo debería poder denegar el exequátur en una serie de supuestos tasados enumerados en la ley.

El artículo 327-36 prevé un recurso contra los laudos arbitrales en los siguientes únicos casos:

1. Cuando no se respeten los derechos de la defensa.
2. Cuando los árbitros se excedan en sus funciones o incumplan las mismas gravemente.

Esas dos disposiciones también pueden dar lugar a numerosos abusos, al tratarse de dos factores puramente subjetivos que la parte condenada puede hacer valer para evitar el laudo arbitral, más aún cuando el recurso es suspensivo. Resulta muy difícil determinar de manera exacta el límite de una función arbitral, puesto que ésta ha de tener en cuenta el contexto general del convenio a que se le somete. Además, la parte condenada puede llevar a cabo maniobras dilatorias al respecto de los derechos de la defensa para librarse de la ejecución del laudo arbitral. Si el tribunal de apelación revoca la sentencia arbitral por una de las razones meramente subjetivas expuestas, deberá retomar el asunto y pronunciarse sobre el fondo. De nuevo, la introducción del poder judicial acaba con la función esencial del procedimiento arbitral, la de constituir un modo alternativo para la resolución de diferencias.

Conclusión

Además de la posible intromisión del poder judicial en todas las etapas del procedimiento de arbitraje nacional que resulta problemática y que habría que eliminar, la ley presenta ciertas carencias que, bajo nuestro punto de vista, deberían suplirse.

Tendría que prever que en caso de vacío jurídico en el corpus legislativo marroquí, las partes, aún tratándose de un arbitraje nacional, puedan recurrir a una ley extranjera definida por ellas mismas de común acuerdo.

También creemos que es necesario que en la ley se establezcan los principios relativos a la forma y modalidades de remuneración de los árbitros, aplicables cuando las partes no expresen su voluntad al respecto.

b) Arbitraje internacional

Definición

El artículo 327-40 define el arbitraje internacional como aquel «se refiere a intereses de comercio internacional y en el que el domicilio o sede de una de las partes, por lo menos, se halla en el extranjero».

A nuestro parecer, esa definición es muy limitada. ¿La delegación de la gestión de un servicio público podría ser considerada como un interés de comercio internacional stricto sensu? ¡Claro que no! Y sin embargo, la ley de gestión delegada de servicios públicos autoriza los procedimientos de arbitraje internacional. Opinamos que la expresión «se refiere a intereses de comercio internacional» debería ser pura y simplemente eliminada para evitar posibles conflictos de ley y permitir que el arbitraje internacional, cada vez más reclamado por los inversores extranjeros independientemente de sus intereses en Marruecos, pueda desarrollarse tal y como merece.

Ejecución de la sentencia arbitral

A tenor del artículo 327-48: «Cabe apelación contra el auto que deniega el reconocimiento o ejecución».

La ley, al contrario de lo dispuesto sobre el arbitraje nacional, ni siquiera precisa si el auto que deniega el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral haya de ser motivado. La ley deja al presidente del tribunal total libertad de apreciación, aunque su decisión sea recurrible.

Esa disposición, bastante chocante, proporciona al juez nacional un poder arbitrario y consecuente que puede hacer innecesario el recurso al arbitraje internacional.

Apelación contra la decisión de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral

Según el artículo 327-49 de la ley:

«Cabe promover apelación contra el auto de reconocimiento o ejecución únicamente cuando:

1. *El tribunal arbitral se haya pronunciado sin convenio de arbitraje, o en base a un convenio nulo o una vez expirado el plazo de arbitraje.*
2. *El tribunal arbitral haya sido compuesto de modo irregular o el árbitro único haya sido designado de modo irregular.*
3. *El tribunal arbitral se haya pronunciado sin adecuarse a la misión que se le confirió.*
4. *No se respeten los derechos de la defensa.*
5. *El reconocimiento o la ejecución sean contrarios al orden público internacional o nacional.»*

Creemos que es necesario suprimir los puntos 3 y 4 ya que, al igual que ocurre en el arbitraje nacional, se trata de factores puramente subjetivos que la parte condenada puede hacer valer para evitar el laudo arbitral.

6.4. LEY N° 1-08-18 DE 23 DE MAYO DE 2008 DE MODIFICACIÓN DE LA LEY N° 17-95 DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Dicha ley de 23 de mayo de 2008, que entró en vigor el 16 de junio de 2008, introduce las mejoras necesarias, tras algunos años de práctica, a la ley del 30 de agosto de 1996 y tiene en cuenta ciertas críticas contra la ley efectuadas tanto por la doctrina, como por los abogados y la patronal.

Las principales modificaciones de la ley pueden agruparse en cuatro apartados:

- Simplificación de las formalidades de constitución.
- Introducción de dos nuevas modalidades para ejercer la dirección general.
- Refuerzo de los mecanismos de control.
- Reducción de algunas sanciones penales.

6.4.1. SIMPLIFICACIÓN DE LAS FORMALIDADES DE CONSTITUCIÓN

a) Supresión de la doble publicidad

El legislador ha modificado el complicado proceso para constituir una SA a causa de las numerosas críticas suscitadas. Anteriormente, la constitución de la SA estaba sometida a una doble publicidad redundante: una previa a la inscripción, y otra tras la inscripción de la sociedad en el registro mercantil. Se ha eliminado esa doble publicidad que prolongaba inútilmente el periodo de creación de la SA e incrementaba los costes. En la actualidad, la SA sólo está obligada a una publicidad tras la inscripción a través de un anuncio en un diario de anuncios legales y en el Boletín Oficial (artículo 33).

b) Supresión de la declaración de conformidad

Dicha declaración de conformidad era uno de los documentos a presentar en el registro mercantil junto con la solicitud de inscripción de la sociedad. En ella, los fundadores o los primeros órganos de administración describían todas las operaciones efectuadas para la constitución regular de dicha sociedad y certificaban que dicha constitución era conforme a la ley y a los reglamentos.

Esa declaración inútil también ha sido eliminada.

c) Supresión de la obligación impuesta a los administradores o miembros del consejo de vigilancia de detentar una serie de acciones como garantía de su responsabilidad

Cada administrador o cada miembro del consejo de vigilancia han de poseer un número de acciones de la sociedad que no puede ser inferior al exigido por los estatutos para el ejercicio del derecho de asistencia a la asamblea general ordinaria por parte de los accionistas.

Hasta la nueva ley, dichas acciones, inalienables, estaban destinadas a garantizar la responsabilidad de los directivos de la Sociedad Anónima, por su gestión o incluso por actos personales. Esa medida se basaba en la hipótesis de partida, según la cual los directivos de una Sociedad Anónima eran los accionistas mayoritarios. Dicha premisa que, efectivamente se cumple en las sociedades anónimas de carácter familiar, se da mucho menos en las grandes empresas en las que, cada vez más a menudo, los directivos son tecnócratas cuya participación en el capital es simbólica. En dichos supuestos, esa garantía era meramente ilusoria, ya que podía ocurrir que los administradores, a título personal, sólo tuvieran una única acción en la sociedad que dirigían. La nueva ley ha tenido en cuenta la evolución de los modos de gestión de las Sociedad Anónima y ha eliminado esa obligación de acciones detentadas por los directivos como garantía.

6.4.2. INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO MODO DE EJERCER LA DIRECCIÓN GENERAL

La nueva ley autoriza la separación de las funciones de presidente y de director general. Trata de aclarar una confusión de poderes y de competencias que se superponían entre el presidente del consejo de administración y el consejo de administración que tenían poderes idénticos, a saber «amplios poderes para actuar en nombre y por cuenta de la sociedad».

Aunque conserva la clásica estructura del consejo de administración y su presidente, la nueva ley permite garantizar un equilibrio de poderes más adecuado entre, por una parte, el consejo de administración, órgano colegial y su presidente y, por otra parte, el presidente y el director general.

En la nueva ley:

- 1) El consejo de administración determina la orientación de la actividad de la sociedad y vela por su puesta en marcha. Sin perjuicio de los poderes expresamente atribuidos a las asambleas de accionistas, y dentro del límite del objeto social, es competente en todas las cuestiones relativas a la buena marcha de la sociedad y mediante deliberación soluciona los asuntos que le conciernen.
- 2) El presidente del consejo desempeña una misión limitada a un cargo de organización y representación. Representa al consejo, lo convoca, organiza y dirige sus trabajos y rinde cuenta de los mismos ante la asamblea general de accionistas.
- 3) El director general posee amplios poderes para actuar en cualquier circunstancia en nombre de la sociedad, sin perjuicio de los poderes que la ley atribuya expresamente a las asambleas y al consejo de administración.

Las funciones de presidente del consejo de administración y de director general podrán ser ejercidas, o por dos personas diferentes, o por una única y misma persona que ostentará el cargo de presidente director general. Los estatutos precisarán la fórmula por la que se opte.

La nueva ley racionaliza el reparto de poderes en el seno de la Sociedad Anónima y aclara las funciones de administración y orientación estratégica de las funciones de gestión cotidiana.

6.4.3. REFUERZO DE LOS MECANISMOS DE CONTROL

La nueva ley refuerza los mecanismos de control, además de la protección y poderes de los accionistas minoritarios. Los principales cambios introducidos son los siguientes:

- 1) Extensión del régimen de convenios reglamentados a los accionistas de las sociedades anónimas cuando éstos posean directa o indirectamente un 5% del capital social y/o de los derechos de voto. Por lo tanto, todo convenio entre una Sociedad Anónima y uno de sus accionistas deberá ser autorizado por el consejo de administración y aprobado por la asamblea general sin que el accionista interesado pueda participar en la votación. Los censores de cuentas deberán presentar a la asamblea general un informe especial sobre dichos convenios. Cuando esos convenios no sean autorizados podrán ser anulados si sus consecuencias resultan perjudiciales para la sociedad.
- 2) Los accionistas minoritarios que detentan el 5% del capital, 10% en la antigua ley, están autorizados a recusar al censor de cuentas. Esa posibilidad de recusar al censor de cuentas permite que los accionistas minoritarios

obstaculicen la elección de los accionistas mayoritarios, el censor de cuentas es designado por mayoría en la asamblea general.

La nueva ley también instaura, en sus artículos 152 y siguientes, un deber adicional de información destinada al Consejo Deontológico de Valores Mobiliarios para las sociedades que recurran a una oferta pública de ahorro.

6.4.4. REDUCCIÓN DE ALGUNAS SANCIONES PENALES

Las sanciones penales que figuraban en la ley de 30 de agosto de 1996 causaron un gran estupor entre los directivos de sociedades anónimas amenazados con penas de prisión y fuertes multas por infracciones leves contra la ley, como la ausencia de publicidad. El Legislador ha atendido sus reclamaciones y, aunque no ha despenalizado las infracciones relativas a la sociedad anónima sí que ha reducido las sanciones penales. Ese esfuerzo de reducción se refleja en la supresión de ciertas penas privativas de libertad y en la disminución a la mitad de algunas multas por infracciones concretas.

En definitiva, la ley modificativa sobre las Sociedad Anónima ha atendido las demandas de los abogados, directivos de empresas y accionistas minoritarios. Soluciona algunas insuficiencias de la antigua ley, racionaliza la gestión, aumenta el control, simplifica las formalidades de constitución y corrige ciertas sanciones penales consideradas particularmente injustas.

6.5. RECOMENDACIONES

6.5.1. REALIZACIÓN DE UNA PAUSA LEGISLATIVA

La propuesta de nuevos textos legislativos provocaría una inflación legislativa y no garantizaría una mejora del proceso judicial. Es necesario realizar una pausa en la producción legislativa para permitir que los jueces se apropien de los textos existentes, solucionen deficiencias y suplan carencias a través de la jurisprudencia, es decir mediante la reflexión, la interpretación y aplicación a una situación específica. La evolución del Derecho debe provenir de esa jurisprudencia y no ha de imponerla el Gobierno de manera sistemática, *in abstracto* y *ex nihilo*, basándose en informes de expertos.

6.5.2. CONSOLIDACIÓN DE LO EXISTENTE

Las modificaciones propuestas a los textos anteriormente analizados han de ser estudiadas y si son aceptadas, deberían aplicarse tan pronto como fuera posible.

Dichas modificaciones son indispensables y esperadas por los operadores jurídicos y de los negocios. Así pues, constituyen una auténtica prioridad.

Otras leyes como la ley de la competencia o la ley de la propiedad industrial permanecen a la espera de sus decretos de aplicación para poder integrarse plenamente en el corpus legislativo marroquí y ser aplicadas. También se trata de verdaderas prioridades.

En materia procesal mercantil y para permitir que los jueces de los tribunales de comercio se desvinculen del proceso civil, un complemento a la ley de los tribunales de comercio en la que se fijasen algunos procedimientos sería bienvenido, aunque en su lugar, unas circulares explicativas y una guía de «buenas prácticas» para el conjunto de los textos también resultarían de gran utilidad.

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Tomás Vázquez

Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Mercantil y abogado

María Bahnini

Doctora en Derecho y asesora jurídica

7.1. CONCLUSIONES

La cuestión de la calidad de la ley, esto es, de su eficacia y de su eficiencia, es un asunto esencial los Estados modernos, que se caracterizan por ser fundamentalmente Estados reguladores. En este sentido, a pesar de la abundante producción normativa de los últimos años y del firme movimiento mundial hacia un control de la calidad de la ley, Marruecos todavía carece de un mecanismo de evaluación de impacto regulatorio. No existen procedimientos establecidos de control de la calidad normativa, esto es, sistemas para analizar y medir los posibles beneficios, costes (económicos, sociales, medioambientales, sobre la competencia, etc.) y efectos de la regulación, tanto de la de nueva creación como de la que ya se encuentra en vigor. Por tanto, los operadores jurídicos, ya sea el propio legislador, el juez, el jurista, o el inversor nacional o extranjero carecen de referencias sistemáticas que les permitan comparar lo que se pretendía obtener con la regulación creada y lo que realmente se obtiene de la misma, así como sus costes y sus consecuencias, positivas y, en más ocasiones de lo que en principio pudiera pensarse, negativas.

La puesta en práctica de un sistema de análisis de impacto regulatorio debe ser vista como una oportunidad para el Gobierno de Marruecos: es un instrumento que facilita el proceso de decisión legislativo y administrativo mediante la aportación de datos empíricos, así como mediante la creación de un marco racional de decisión que permite evaluar las consecuencias de las decisiones político-legislativas, sin predeterminedar en ningún caso su contenido. Por tanto, el análisis de impacto regulatorio no solo influye en el procedimiento de regulación en si mismo, considerado como en el resultado del mismo, facilitando en todo caso la adopción de medidas regulatorias más eficaces y más eficientes.

7.2. RECOMENDACIONES

7.2.1. SOBRE LA ESTRUCTURA, FUNDAMENTACIÓN LEGAL Y FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE CONTROL DE LA CALIDAD LEGISLATIVA

El control de la calidad de la ley es una tarea que incumbe tanto al Ejecutivo como al Legislativo. De acuerdo con el principio de separación de poderes, deberían crearse dos organismos de control de la calidad normativa, uno encuadrado en el Ejecutivo y otro en el Legislativo, sin perjuicio de que aquí sólo trataremos del primero.

El establecimiento de un sistema de análisis de impacto regulatorio es una decisión política de largo alcance, en la que deben estar involucrados los organismos clave en la estructura estatal marroquí, entre los que cabe citar el Gabinete del Primer Ministro; la Secretaría General del Gobierno; el Ministerio de Justicia; el

Ministerio de Economía y Finanzas; las asesorías legales de los ministerios; y el Parlamento y sus órganos de gobierno y de asesoramiento legal.

La sede natural de un organismo independiente de control de calidad de la ley es el Gabinete del Primer Ministro y debería regularse el mecanismo de calidad de la ley mediante una norma de rango legal, así como asegurarle una financiación estable y a largo plazo. Paralelamente, y para asegurar el correcto cumplimiento de su función, el organismo de control de calidad de la ley debería estar sujeto al control técnico (y no político) del Secretariado General del Gobierno.

7.2.2. SOBRE EL CONTENIDO DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

En principio, el análisis de impacto regulatorio debería hacerse respecto de toda la normativa de rango legal o reglamentario o, por lo menos, de aquella de mayor relevancia para los ciudadanos. Sin embargo, dados los recursos limitados con los que se suele contar, es frecuente que, por lo menos en el momento inicial, los análisis se limiten a evaluar el impacto normativo en sectores sociales o económicos determinados (PYMES, impacto sobre el empleo, sobre las familias más desfavorecidas, inversores extranjeros, etc.). Por tanto, es imprescindible sentar una directriz clara respecto de aquellos aspectos y sectores que se consideran políticamente más relevantes y que han de ser objeto de análisis de impacto regulatorio.

Los análisis de impacto normativo son instrumento de evaluación de políticas legislativas, por lo que su utilidad aumenta cuanto antes en el proceso de creación de la norma en que tenga lugar dicha evaluación. El proceso de análisis regulatorio debe iniciarse desde que se redacta un primer borrador de una norma.

El sistema de evaluación del análisis de impacto normativo en Marruecos debería distinguir dos tipos de análisis distintos: un análisis preliminar debería hacerse en cada ministerio, con el asesoramiento en su caso del organismo de control de la calidad legislativa y, sólo en caso de que de dicho estudio preliminar resultara que se produce un impacto normativo relevante, debería procederse a realizar un análisis en profundidad.

El mecanismo de análisis de impacto regulatorio debería aplicarse no sólo respecto de la normativa posterior a la puesta en marcha de dicho mecanismo, sino también respecto de la anterior. En caso contrario, los efectos positivos que se derivan de un mecanismo de análisis de impacto regulatorio quedarían severamente limitados, si no se aplicara a la legislación anterior, que puede ser disfuncional.

7.2.3. SOBRE LA PUBLICIDAD DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

El procedimiento de análisis de impacto regulatorio debería ser lo más transparente posible. Deberían hacerse públicos la metodología empleada así como los presupuestos políticos y económicos de los que se parte para hacer el análisis.

Igualmente, cada informe en el que se sustancia el análisis de impacto regulatorio debe ser público. No sólo debe entregarse al Parlamento en el momento de presentación de un proyecto de ley, sino que, con carácter general, debe hacerse público y ser fácilmente accesible (por ejemplo, en Internet).

La publicidad y transparencia son la única forma de asegurar la máxima eficacia del sistema de análisis de impacto regulatorio, pues permiten la crítica informada de todos los sectores afectados por la norma.

BIBLIOGRAFÍA

A) INFORMES Y PUBLICACIONES DE ORGANISMOS PÚBLICOS

- AA VV, *Guide legislative* (accessible en www.legifrance.gouv.fr)
- AA VV, *Best Practice Regulation Handbook y Users Guide*, accessible en <http://www.obpr.gov.au>
- AA VV, *Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, Berlin, 2000 (accessible en Internet en www.staat-modern.de).
- BANCO MUNDIAL, *Évaluation du Climat de l'Investissement au Maroc*, 2005.
- COMISIÓN EUROPEA, *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791), de 15 junio de 2005.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, «Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia», de 26 de julio de 2008.
- DELPHI GROUP, *Assessing the Contribution of Regulatory Impact Analysis on Decision Making and the Development of Regulations*, Ottawa, 2000.
- DEPARTMENT OF THE TAOISEACH, *Report on the Introduction of Regulatory Impact Analysis*, Dublín, 2005.
- HER MAJESTY'S TREASURY, *Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, Londres, 2003.
- OECD, *Regulatory Impact Analysis: Best Practice in OECD Countries*, París, 1997.
- OECD, *Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory*, abril de 2004.
- OFFICE OF FAIR TRADING; *Completing competition assessments in Impact Assessments, A guide for policymakers*, Londres, 2007.

B) LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTA

- BRAITHWAITE, John, *Regulatory Capitalism*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008.
- BRITO, Jerry y DE RUGY, Veronique; *Midnight Regulations and Regulatory Review*, George Mason University, working paper 08-34, septiembre de 2008.
- BUCHANAN, James, *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory*; Indianapolis, 1ª ed, 1969.
- BURHGART, Axel, *Die Pflicht zum guten Gesetz*, Berlín, 1996.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley*, Derecho privado y constitución, nº 17, enero-diciembre de 2003, pp. 147 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, 1998.

- KEEFER, P. y KNACK, S., *Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of Institutional Explanation*, Economic Inquiry, 1997, n° 35, pp. 590-602.
- KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *El control jurisdiccional de los defectos de técnica legislativa*, en Pegoraro/Porras (eds.), *Qualità normativa e tecnica legislativa: Europa, Stati, Enti territoriali*, Bologna, 2003.
- NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Rheinbeck bei Hamburg, 1973.
- OGUS, Anthony, *Towards Appropriate Institutional Arrangements for Regulation in Less Developed Countries*, Working paper n° 119, Centre for Regulation and Competition, University of Manchester, junio de 2005.
- LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, en Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, pp. 56 y ss.
- MORGENSTERN, R. D., HARRINGTON, W. y NELSON, P., «On The Accuracy of Regulatory Costs Estimates», *Journal of Public Policy and Management*, n° 19, 2000, pp. 3 y ss.
- FLIEDNER, Ortlieb, *Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze*, Berlín, 2006.
- LÖFSTED, Ragnar, *The swing of the regulatory pendulum in Europe: from precautionary principle to (regulatory) impact assessment*; Brookings Institution, Working paper, marzo de 2004.
- FLIEDNER, Ortlieb, *Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze*, Berlín, 2006.
- LÖFSTED, Ragnar, *The swing of the regulatory pendulum in Europe: from precautionary principle to (regulatory) impact assessment*; Brookings Institution, Working paper, marzo de 2004.

C) PRINCIPALES ENLACES DE INTERNET

- FRANCIA: www.legifrance.gouv.fr
- ALEMANIA: www.staat-modern.de
- AUSTRALIA: www.pc.gov.au
- REINO UNIDO: www.hm-treasury.gov.uk
- COMISIÓN EUROPEA: www.europa.eu.int
- ESTADOS UNIDOS: www.whitehouse.gov/omb

LA QUALITÉ DE LA LOI : UNE PROPOSITION POUR SON AMÉLIORATION

Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE - María BAHNINI

PROLOGUE

Parmi la série d'études réalisées par le projet « ADL », relatif à la modernisation des juridictions du Maroc, la présente a été élaborée pour mettre l'accent sur le cadre juridique régissant les affaires au Royaume du Maroc.

Cette étude comporte une présentation évaluant les principales lois modernes ayant trait au domaine commercial au Maroc, puisqu'elle dépasse largement la simple présentation des lois régissant le domaine commercial pour s'atteler à analyser l'impact de ces lois sur la vie commerciale et économique en général.

De ce fait, cette étude approfondie s'est attelée à institutionnaliser un mécanisme, rarement abordé, en l'occurrence le mécanisme de l'analyse de l'impact du cadre juridique sur le monde des affaires et les institutions y afférentes.

La méthodologie d'évaluation de la législation, notamment celle relative à un domaine vital tel que celui des affaires, est devenue, de nos jours, un outil indispensable à l'évolution des systèmes juridiques. Et ce, du fait qu'elle permet d'actualiser les règles de droit et d'assurer leur qualité et enfin d'aider à renforcer les capacités des institutions en charge d'appliquer ces règles.

L'importance de l'adhésion à ce genre d'études est dictée aussi par la stratégie visant à garantir la sécurité juridique, à veiller à l'effectivité des textes juridiques et à assurer l'efficacité des institutions en charge de l'application de ces textes.

Cette étude ne s'est pas limitée aux aspects théoriques, puisqu'elle présente des postulats pratiques permettant ainsi au mécanisme d'évaluation d'être mis en œuvre, et proposant des solutions réelles pour dépasser les difficultés de la mise en œuvre.

L'étude présente des exemples concrets de l'opération d'analyse de l'impact du cadre juridique qui régit les domaines des affaires, à l'instar de la gestion déléguée, de l'arbitrage, de la médiation et des sociétés anonymes.

Les conclusions et les recommandations de cette étude, élaborée par deux éminents experts, sont d'une grande importance scientifique et pratique, puisqu'elles concourent au développement du cadre juridique des affaires au Maroc et participent, de ce fait, à y améliorer le climat des affaires.

Abdelmjid Rhomija
Directeur des Etudes, de la Coopération et de la Modernisation
Ministère de la Justice – Royaume du Maroc
Co-directeur du projet ADL

CHAPITRE I. INTRODUCTION

Tomás Vázquez

Docteur en Droit, professeur titulaire de Droit Commercial et avocat

De grandes avancées législatives, particulièrement en matière de droit commercial, ont eu lieu au Maroc au cours de ces dix dernières années. Toute une série de lois a été promulguée avec pour objectif commun la volonté de transformer la réalité et non d'adopter un simple système de recueil des usages et des pratiques issues du commerce juridique.

Voici une liste non exhaustive de ces lois :

- Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii I 1417 (1^{er} Août 1996) portant promulgation de la Loi n° 15-95 formant Code de Commerce .
- Dahir n° 1-99-327 du 21 ramadan 1420 (30 décembre 1999) portant promulgation de la loi n° 81-99 modifiant la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes, et le dahir n° 1-06-21 du 14 février 2006 portant promulgation de la loi n° 21-05 modifiant et complétant la loi n° 5-96 relative aux autres formes sociales .
- Dahir n° 1-05-178 du 15 moharrem 1427 portant promulgation de la loi n° 34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés .
- Le Code des Douanes approuvé par le dahir portant loi n° 1-77-339 du 9 octobre 1977 tel qu'il a été modifié et complété notamment par la loi n° 02-99 promulguée par le dahir 1-00-222 du 5 juin 2000 .
- La loi n° 06-99 relative à la concurrence promulguée par le dahir n° 1-00-225 du 2 rabii I 1421 (5 juin 2000), (Conseil de la concurrence) .
- Dahir n° 1-05-190 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 relative à la propriété intellectuelle et industrielle .
- Dahir n° 1-06-15 du (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 54-05 relative à la délégation de gestion .
- Dahir n° 1-97-65 du (12 février 1997) portant promulgation de la loi n° 53-95 relative à la création des tribunaux de commerce .
- Dahir n° 1-07-169 du (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 08-05 sur l'arbitrage et la médiation.

Ce travail approfondi, qui n'est autre que le fruit de la ferme volonté politique de moderniser les infrastructures marocaines, dont les infrastructures juridiques, ne s'est toutefois pas accompagné d'une révision systématique de la législation marocaine, ni d'une évaluation de ses effets. Aussi le juriste, le juge, l'investisseur national ou étranger et le Législateur lui-même manquent-ils de références systématiques pour comparer ce qui voulait être obtenu à travers la réglementation créée et ce qui en découle réellement, et pour évaluer ses coûts et ses conséquences, qu'elles soient positives ou, comme c'est parfois le cas, négatives¹.

1 À titre d'exemple, le rapport de la Banque mondiale sur le Maroc, intitulé *Évaluation du Climat de l'Investissement*, 2005, signale à la page. 47 que : « En effet, ce qui ressort de l'enquête est que, d'une manière générale, les

C'est la raison pour laquelle nous avons jugé plus utile de jeter de façon générale les bases d'un mécanisme d'évaluation de production normative que de proposer des modifications législatives concrètes en matière de droit commercial marocain. Il est plus précisément question de signaler les points à prendre en considération au moment d'instaurer un système d'analyse d'impact réglementaire.

Mais qu'entend-t-on par analyse d'impact réglementaire ? L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) est un outil essentiel visant à aider les gouvernements à évaluer les effets de la réglementation. L'AIR sert à examiner et mesurer les avantages, coûts et effets probables des réglementations nouvelles ou existantes. La mise en œuvre de l'AIR facilite le processus de décision législatif et administratif à travers l'apport de données empiriques et la création d'un cadre décisionnel rationnel qui permet d'évaluer les conséquences des décisions politiques et législatives. En d'autres termes, l'AIR a une influence aussi bien sur le résultat que sur la manière de l'obtenir². D'où l'importance majeure de cet instrument pour répondre aux besoins qui découlent d'une économie ouverte, dans le contexte de la mondialisation, et pour aider à choisir parmi diverses options politiques et législatives. La détermination de l'impact économique probable des propositions de réglementation est d'ailleurs l'un des éléments clés de l'étude d'impact.

L'AIR est par ailleurs nécessaire à l'obtention d'une réglementation de qualité. La qualité peut être comprise de trois manières différentes³. Dans le premier sens du terme, la qualité équivaut à la validité⁴, à la réussite et à la technique⁵. Dans le deuxième sens, la qualité est associée au respect des principes essentiels auxquels s'attache la loi : la généralité, la stabilité, la rationalité et la cohérence (*Systemgerechtigkeit*). Enfin, la qualité législative, dans son troisième sens, renvoie aux principes mêmes de l'État de droit, à savoir à la sécurité juridique au sens de la protection de la confiance et à la sécurité juridique au sens de l'interdiction de l'arbitraire (i.e., le législateur doit respecter les critères de rationalité⁶ et de prévisibilité juridiques⁷). Dans notre cas, vu l'objectif qu'on se propose d'atteindre

crédeurs sont mal protégés contre des débiteurs défallants (clients et emprunteurs). La réforme du cadre judiciaire est donc nécessaire afin de rendre l'application des décisions de justice plus systématiques, plus rapides et plus équitables. ». Cependant, l'administration marocaine ne possède à notre connaissance aucun système établi de données empiriques permettant de soutenir ou de réfuter cette appréciation.

2 KIRKPATRICK, Colin et PARKER, David, *Regulatory Impact Assessment, an overview*, Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 3.

3 Nous faisons ici référence au travail de CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley*, revue *Derecho privado y constitución*, n° 17, janvier-décembre 2003, pages 147 et suivantes, et plus précisément, pages 149-150.

4 BURHGART, Axel, *Die Pflicht zum guten Gesetz*, Berlin, 1996.

5 MEDINA GUERRERO, Manuel, *El control jurisdiccional de los defectos de técnica legislativa*, Pregoraro/Porras (eds.), *Qualità normativa e tecnica legislativa: Europa, Stati, Enti territoriali*, Bologne, 2003.

6 Pour plus de détails sur cette question, se reporter à *De la arbitrariedad del legislador*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, Madrid, 1998, *passim*.

7 Se reporter à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juillet 1998, dans le cadre de l'affaire « Valenzuela Contreras contre l'Espagne ». Ledit arrêt condamne le Royaume d'Espagne en raison de

par le biais de ce rapport qui nous permettra de jeter les bases d'un possible cadre institutionnel d'analyse d'impact réglementaire, nous utiliserons la qualité dans le premier sens du terme, à savoir : la création d'un mécanisme destiné à évaluer *ex-ante* et *ex-post* l'efficacité de la réglementation.

Le plan de cet exposé s'organise en différents chapitres. Le chapitre 2 est une introduction au concept d'AIR, suivie d'une description générale de la situation au Maroc. Ensuite, dans les chapitres 3, 4 et 5, nous appliquons le modèle théorique d'analyse d'impact réglementaire au cas concret du Maroc avant d'examiner dans le chapitre 6 quelques exemples d'application de l'AIR *ex-post* au Maroc. Enfin, la dernière partie de ce travail présente toute une série de conclusions et de recommandations.

la « qualité insuffisante » de la réglementation espagnole en matière d'écoutes téléphoniques, étant donné que « De l'exigence de prévisibilité de la " loi ", il découle que, dans le contexte de l'interception des communications téléphoniques, les garanties qui précisent l'étendue et les modalités du pouvoir d'appréciation des autorités doivent figurer en détail dans le droit interne, ayant de cette sorte une force contraignante qui circonscrit le pouvoir discrétionnaire du juge dans l'application desdites mesures. Par conséquent, la " loi " espagnole que le juge d'instruction devait appliquer aurait dû prévoir, avec suffisamment de précision, ces garanties ».

**CHAPITRE 2.
QU'EST-CE QU'UNE ANALYSE D'IMPACT
RÉGLEMENTAIRE ?**

Tomás Vázquez Lépinette

Docteur en Droit, professeur titulaire de Droit Commercial et avocat

2.1. INTRODUCTION

Au Maroc, il n'existe pour le moment aucun système d'analyse d'impact réglementaire. Il est donc indispensable que nous commençons par fournir une présentation sommaire de l'objet de notre étude.

Les responsables de la réglementation cherchent de plus en plus à s'assurer de l'efficacité de leur production normative. Aussi la mise en place de systèmes d'analyse d'impact réglementaire est-elle déjà devenue une pratique courante⁸. La configuration de l'analyse peut varier d'un pays à l'autre⁹, mais certains éléments méthodologiques sont communs à tous les types d'AIR. Ces derniers doivent être parfaitement pris en considération lors de la mise en œuvre d'un système d'AIR. Dans les points suivants, après une petite définition du concept d'analyse d'impact de la réglementation, nous nous intéresserons à ses principales composantes.

2.2. LE CONCEPT D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

L'analyse d'impact réglementaire est un modèle standardisé d'évaluation des effets de la réglementation, déjà existante ou envisagée. L'analyse d'impact réglementaire débute normalement par la reconnaissance de l'existence d'un problème dont la résolution requiert l'intervention des pouvoirs publics et se poursuit par une évaluation coûts-avantages et une évaluation relative aux procédures nécessaires à la mise en œuvre de la mesure proposée. L'analyse inclut également une évaluation des différentes solutions envisageables, réglementaires et non réglementaires, avec pour principal objectif de mieux servir l'intérêt général.

En somme, l'analyse d'impact réglementaire est un instrument d'évaluation destiné à mesurer les avantages, coûts et effets probables des réglementations nouvelles ou existantes. Il convient de souligner que l'analyse d'impact réglementaire ne se substitue en aucun cas à la volonté politique ; elle contribue simplement à aider les responsables de la réglementation à prendre les bonnes décisions en leur offrant un cadre rationnel pour l'adoption des propositions de réglementation et en leur fournissant des données empiriques précieuses¹⁰. Aussi l'analyse d'impact réglementaire peut-elle être envisagée, au sens strict, comme

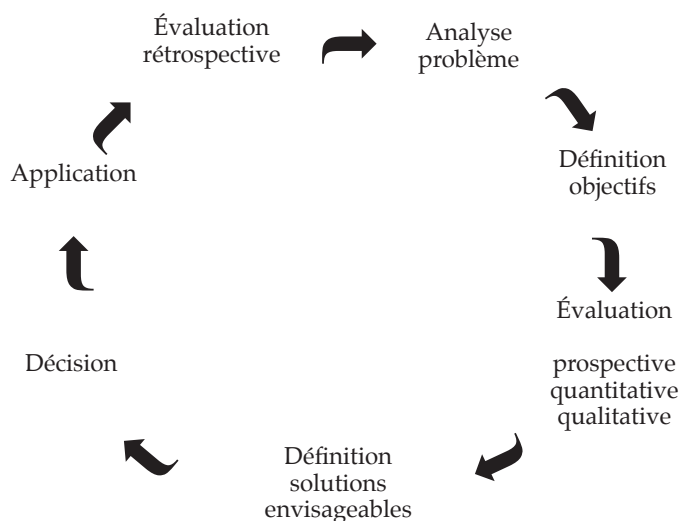
8 Cf. entre autres, sur le plan communautaire européen, *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791), du 15 juin 2005, Commission européenne. Voir également, *Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, Berlin, 2000 (accessible sur www.staat-modern.de) et *Guide légistique* (accessible sur www.legifrance.gouv.fr).

9 Au sujet des différentes variantes nationales d'AIR, voir OECD Secretariat, *Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory*, avril 2004. Accessible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf>

10 Cette idée ressort dans toutes les propositions d'analyse d'impact réglementaire, et plus particulièrement dans *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791).

un rapport et, au sens large, comme un processus d'évaluation des mesures proposées, d'ordre légal ou réglementaire.

Graphique 1. Le cycle de l'AIR



2.3. TYPES D'ANALYSES D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE¹¹

2.3.1. TYPE DÉFINI PAR L'APPROCHE SECTORIELLE DE L'ANALYSE

Dans la pratique, il existe différents types d'analyses d'impact réglementaire suivant une approche sectorielle d'étude. Certaines analyses, les plus courantes dans la pratique, accordent une importance majeure à des aspects bien spécifiques, tandis que d'autres s'appuient sur des critères plus généraux.

- En Espagne, les trois principaux aspects sur lesquels porte l'analyse d'impact (qui peut être plus ou moins poussée selon les cas) sont les suivants : la nécessité et le caractère opportun de la réglementation (avant-projet de loi ou

¹¹ OECD Secretariat, *Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory*, avril 2004. <http://www.oecd.org/dataoecd/22/9/35258430.pdf>

règlement) ; l'analyse économique relative au coût (pour l'administration) de la réglementation ; et enfin, l'analyse d'impact selon une perspective de genre¹².

- Les Pays-Bas ont opté pour une analyse axée sur l'impact de la réglementation sur les entreprises.
- La République tchèque a opté pour une analyse des incidences financières qui englobe l'analyse d'autres effets socioéconomiques.
- La France a opté pour une analyse d'impact réglementaire générale, avec quelques mentions spéciales au sujet de l'impact sur le niveau de l'emploi et sur les affectations budgétaires de l'administration publique.
- L'Autriche et le Portugal utilisent une analyse budgétaire destinée à évaluer les coûts budgétaires pour l'administration publique. La Finlande dispose d'un système d'analyse d'impact réglementaire qui couvre divers domaines (économie, environnement, etc.). Toutefois, ces analyses ne sont pas intégrées car elles sont réalisées par différents ministères.
- L'Union européenne a mis en place en 2005 un système d'analyse d'impact intégré pour remplacer le précédent, qui était réalisé département par département¹³.

2.3.2. TYPE DÉFINI PAR L'APPROCHE TEMPORELLE DE L'ANALYSE

Il existe trois types d'analyses suivant le moment où elles sont réalisées :

- Une analyse ex-ante, prospective, permettant d'évaluer la convenance d'un acte normatif et de son type .
- Une analyse d'« accompagnement » permettant d'évaluer les différentes solutions envisageables conformément aux critères de référence (rationalité, coûts/avantages, etc.) .
- Une analyse ex-post visant à vérifier la pertinence des évaluations réalisées ex-ante. L'analyse ex-post est en outre un instrument de grande utilité pour éviter (la persistance) des erreurs réglementaires, lors de la conception ou de la mise en œuvre d'une réglementation.

12 Articles 22 et 24 de la loi du gouvernement 50/1997, du 27 novembre. En phase de correction des épreuves, le Real Decreto 1.083/2.009, du 3 juillet, pour la régulation du mémoire d'analyse d'impact normatif, qui unifie tout mémoire d'impact existant dans la législation espagnole, a été publié dans le Boletín Oficial de l'Etat.

13 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*, COM (2005) 97 final.

Encadré 1. Type d'AIR selon l'approche temporelle de l'analyse

	Moment réalisation	Principales questions	Résultats
Évaluation prospective	Dans la phase initiale des travaux, premier filtre pour vérifier la nécessité d'une réforme réglementaire.	Quelles solutions existent-il en terme de réglementation pour atteindre les objectifs fixés? Quels effets prévisibles se produiront et sur qui ?	Être en mesure de décider si c'est une solution réglementaire ou non réglementaire qui convient le mieux.
Évaluation d'accompagnement	Dans la phase de projet, pour évaluer la totalité du document ou seulement certaines parties de celui-ci.	Les réglementations sont-elles adaptées à leurs destinataires ? Les coûts ainsi générés peuvent-ils être optimisés ?	Vérification, rédaction et amélioration du projet (dans son ensemble) ou de ses parties les plus pertinentes.
Évaluation rétrospective	Lors de la phase suivant l'entrée en vigueur de la réglementation, lorsqu'il existe une expérience suffisante en termes d'application.	Les objectifs fixés ont-ils été atteints ? Une réforme réglementaire s'impose-t-elle?	Analyse du niveau d'atteinte des objectifs. Modifications à apporter.

Source : Bundesministerium des Innern; *Praxistest zur Gesetzesfolgenabschätzung*, Berlin, 2002.

Une fois que les responsables politiques acceptent de créer un système d'analyse d'impact réglementaire, ce n'est pas la mise en œuvre d'une évaluation prospective ou d'une évaluation d'accompagnement qui est au centre du débat, mais plutôt celle d'une évaluation rétrospective. La plupart des pays européens ont d'ailleurs opté pour un mécanisme de contrôle *ex-post*. Par exemple, bien que ces dispositions n'aient jamais été appliquées¹⁴, l'Espagne prévoyait déjà

14 1^{ère}, 2^e et 3^e dispositions additionnelles du Code civil 1889 :

«PREMIÈRE DISPOSITION ADDITIONNELLE.

Le président du Tribunal suprême et les présidents des tribunaux territoriaux présenteront chaque fin d'année au ministère de la Grâce et de la Justice un rapport dans lequel ils seront tenus de signaler, pour les affaires traitées dans les chambres civiles pendant l'année, les déficiences et les doutes qu'ils auront rencontrés dans l'application de ce Code. Ils y détailleront les questions et les points de droit controversés et les articles ou les omissions du Code à l'origine des doutes du Tribunal.

en 1889 l'obligation d'évaluer tous les dix ans l'application du Code civil et la Commission générale de codification était chargée de présenter les propositions de réformes jugées utiles. Par ailleurs, l'article 25 de la loi 15/2007 du 3 juillet actuellement en vigueur, sur la protection de la concurrence (au même titre que l'art. 26 de l'ancienne loi 16/1989, du 17 juillet, sur la protection de la concurrence), autorise la Commission nationale de la concurrence à réaliser de son propre chef, « [...] des rapports généraux concernant certains secteurs avec, le cas échéant, des propositions de libéralisation, de déréglementation ou de modification de la réglementation », ainsi que des rapports « [...] concernant l'intervention du secteur public, et plus précisément, les situations résultant de l'application de réglementations légales qui sont susceptibles de faire obstacle au maintien de la concurrence effective sur les marchés »¹⁵.

2.3.3. TYPE DÉFINI PAR LA RÉGLEMENTATION OBJET DE L'ANALYSE

Une analyse d'impact réglementaire peut aussi bien porter sur une réglementation de rang légal que sur une réglementation de rang inférieur à la loi, comme peuvent l'être les décrets, les arrêtés ministériels, les circulaires, etc. Mais, étant donné que l'impact d'une réglementation de rang légal peut être le même que celui d'une réglementation de rang inférieur à la loi, pourquoi faire la distinction ? Le rang des réglementations concernées dépend en fait du contexte juridique et politique du pays dans lequel est conduite l'analyse d'impact réglementaire. Par ailleurs, une deuxième restriction consiste à déterminer quelles réglementations, au sein d'un certain rang, doivent faire l'objet d'une analyse d'impact réglementaire : doivent-elles toutes faire l'objet d'une analyse générale ou seulement celles concernant des domaines bien précis. Enfin, l'analyse d'impact réglementaire peut porter sur une réglementation nouvelle ou déjà existante.

Dans la pratique, toutes les combinaisons possibles ont été essayées. Par exemple, tandis que le Danemark exige une analyse d'impact réglementaire pour tous les actes normatifs de rang légal, la Suède la prévoit pour ceux de rang légal et ceux de rang inférieur à la loi pouvant avoir un effet sur les petites et moyennes

DEUXIÈME DISPOSITION ADDITIONNELLE.

Le ministre de la Grâce et de la Justice fera parvenir ces rapports et un exemplaire des statistiques civiles de cette même année à la Commission générale de codification.

TROISIÈME DISPOSITION ADDITIONNELLE.

Ces données, les progrès réalisés dans d'autres pays et pouvant profiter au nôtre et la jurisprudence du Tribunal suprême permettront à la Commission de codification de formuler et de présenter tous les dix ans les réformes jugées nécessaires au gouvernement. »

¹⁵ Se reporter au rapport espagnol de la Commission nationale de la concurrence du 26 juillet 2008 intitulé « Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia », accessible sur <http://www.cncompetencia.es/PDFs/OtrosInf/13.pdf>

entreprises, l'Espagne l'impose pour tous les avant-projets de loi et pour toutes les normes réglementaires (émanant du gouvernement central) et l'Australie l'exige pour toutes les réglementations de rang légal (y compris les traités internationaux), pour les réglementations de rang inférieur à la loi et même pour les décisions administratives pouvant avoir un impact sur les entreprises ou la concurrence.

2.3.4. TYPE DÉFINI PAR LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

Le fondement juridique de l'analyse d'impact réglementaire est un bon indicateur qui permet de savoir dans quelle mesure elle est effectivement bien mise en œuvre. Il est vrai que les analyses d'impact réglementaire sont généralement mieux mises en œuvre pour les réglementations de plus haut rang légal. Toutefois, la mise en œuvre de l'analyse dépend également essentiellement du contexte historique et administratif ainsi que de l'engagement des hauts dirigeants et des hauts responsables du pays concerné.

Il est possible de distinguer quatre groupes de pays en fonction du rang légal pour lequel la réalisation d'une analyse d'impact de la réglementation est requise :

- Pour un acte normatif de rang légal : c'est le cas de l'Espagne (analyse *ex-ante*), de la République tchèque, de la Corée et du Mexique.
- Pour un décret présidentiel : c'est le cas des États-Unis.
- Pour un décret : c'est le cas de l'Australie, de l'Italie et des Pays-Bas.
- Pour une décision du Conseil des ministres ou autre équivalent : c'est le cas du Portugal, de la Suède, du Royaume-Uni, de l'Espagne (analyse *ex-post*)¹⁶.

2.3.5. TYPE DÉFINI PAR L'ORGANISME DE CONTRÔLE DE LA QUALITÉ RÉGLEMENTAIRE

Inutile de préciser que la mise en œuvre d'un système d'analyse d'impact réglementaire doit s'assortir d'un contrôle de la qualité réglementaire, assuré par un organisme spécifique (déjà existant ou créé à cette fin)¹⁷. Ces organismes de

¹⁶ Nous faisons ici particulièrement allusion à une initiative sectorielle, celle de la décision de la *Secretaría General para la Administración Pública* du 23 mai 2007, officialisant l'accord conclu en conseil des ministres le 4 mai 2007, motivé par le programme d'amélioration de la réglementation et de réduction des charges administratives. Le principal objectif de ce dernier est de limiter les charges administratives dérivées de la réglementation communautaire. Nous ne disposons pour le moment d'aucunes données sur les effets de ce programme d'amélioration de la réglementation.

¹⁷ Nous reprenons ce point plus en détail dans la partie 2.6 ci-après.

contrôle sont essentiellement tenus de fixer les lignes à suivre et de fournir des conseils techniques dans le cadre de l'analyse d'impact réglementaire, ainsi que d'en contrôler la qualité.

Il existe essentiellement trois modèles dans la pratique : celui de l'organisme de contrôle indépendant (c'est par exemple le cas des Pays-Bas ou de l'Union européenne), celui du contrôle exercé par les propres ministères (dans le cas de l'Allemagne et de l'Espagne) et, finalement, celui de l'absence de tout mécanisme de contrôle (comme dans le cas de la France).

2.4. LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS D'UNE ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

2.4.1. L'ANALYSE COÛTS/AVANTAGES

L'analyse coûts-avantages est l'une des parties les plus importantes et les plus techniques d'une analyse d'impact réglementaire. Des critères précis doivent par conséquent être fixés au préalable, à savoir : la méthode de calcul de l'analyse coûts-avantages¹⁸ et le champ d'application de cette analyse coûts-avantages.

En ce qui concerne le premier point, les questions posant la plus grande difficulté technique sont liées aux analyses visant à évaluer des magnitudes qui ne peuvent pas se traduire en termes monétaires ou se quantifier.

Dans ce cas, il existe différentes options :

- Si la traduction en termes monétaires est impossible, il faut expliquer cette impossibilité et présenter toutes les informations quantitatives dont on dispose, ainsi que la probabilité et le moment de production de effets analysés .
- Si la quantification des effets s'avère compliquée, il convient de présenter toutes les informations quantitatives significatives dont on dispose, une description des effets non quantifiables, ainsi que la probabilité et le moment de production des effets analysés .
- Si la traduction en termes monétaires des avantages escomptés s'avère difficile, il est possible de recourir à une analyse coûts-efficacité plutôt qu'à une analyse coûts-avantages .
- Si les estimations des coûts et des avantages dépendent de certaines présupposés, il convient de préciser lesquelles et de répéter l'analyse en partant d'autres présupposés plausibles.

¹⁸ À titre d'exemple, il est possible de consulter les indications fournies par l'*Office of Management and Budget*, accessibles sur <http://www.whitehouse.gov/omb/memoranda/m00-08.pdf>

Pour ce qui est du champ d'application de l'analyse coûts-avantages, il convient de définir deux choses : le type de réglementations devant faire l'objet de l'analyse coûts-avantages (toutes ou quelques-unes seulement, en fonction du critère choisi – importance économique, secteur social concerné, etc.) et le champ de l'analyse à proprement parler (c'est-à-dire son exhaustivité – tous les coûts et avantages ou seulement quelques-uns).

En ce qui concerne le premier point, une fois encore, il existe de nombreuses possibilités, dont voici quelques exemples :

- L'Union européenne ne prévoit d'analyse d'impact que pour les propositions incluses dans le Plan de Travail annuel¹⁹.
- L'Australie prévoit un système à deux niveaux. Toutes les propositions de réglementation (aussi bien les réglementations à caractère général que les mesures individuelles pouvant se généraliser – « les quasi-réglementations ») doivent faire l'objet d'une analyse préliminaire. S'il ressort de l'analyse préliminaire que la mesure peut avoir un impact sur les entreprises ou sur l'économie en général, ou bien en cas de doute, l'Office of Best Practice Regulation est contacté et une analyse d'impact réglementaire est réalisée²⁰. S'il ressort au contraire que l'impact de la mesure est nul ou peu significatif, aucun travail supplémentaire n'est requis.

Pour ce qui est du second aspect énoncé, à savoir le champ d'application de l'analyse à proprement parler, l'Australie constitue encore un parfait exemple. S'il ressort de l'analyse préliminaire qu'une mesure produit un impact significatif, la profondeur de l'analyse dépendra de l'étendue de l'impact prévisible de ladite mesure. En cas d'impact moyen, l'analyse des coûts et des avantages devra être réalisée en utilisant le Business Cost Calculator²¹. Et, en cas d'impact élevé de la réglementation proposée, une analyse d'impact complète devra être conduite.

19 Pour l'année 2008, se reporter au Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008* (Programme législatif et de travail de la Commission pour l'année 2008), COM (2007) 640 final.

20 Voir *Best Practice Regulation Handbook et Users Guide*, accessible sur <http://www.obpr.gov.au>

21 Le Business Cost Calculator est un outil informatique conçu par le gouvernement australien qui permet d'identifier et de calculer les coûts d'application des propositions réglementaires. Les responsables de l'évaluation disposent ainsi d'un mécanisme automatisé et standardisé de quantification des coûts de mise en œuvre réglementaire, utilisant une méthodologie de calcul de coût basée sur l'activité (*Activity-based costing methodology*). Pour en savoir plus, consulter le site <http://www.finance.gov.au/obpr/bcc/index.html>

2.4.2. LE TAUX DE RÉDUCTION

La question abordée ici est la détermination du taux de réduction. En effet, lors du calcul des coûts et des avantages escomptés, il faut prendre en considération au moment de l'analyse des données économiques susceptibles de se produire à l'avenir.

- L'Union européenne a fixé ce taux de réduction, qui tient compte de l'inflation, à 4 %²².
- La Grande-Bretagne a fixé différents taux, qui varient en fonction des circonstances (il est en général de l'ordre de 3,5 % ; lorsque les coûts et les avantages sont calculés à long terme >30 ans ; etc.)²³.

2.4.3. L'ÉVALUATION DES RISQUES

L'évaluation des risques est un instrument d'analyse visant à mesurer la viabilité générale d'une solution donnée, lorsque les avantages (en tenant compte des risques) excèdent les coûts (en tenant également compte des risques) ou lorsque les coûts d'une éventuelle solution négative sont si élevés que le principe de précaution s'impose (*better safe than sorry*)²⁴. De nouveau, il convient d'aborder le champ d'application de l'analyse des risques.

- En Australie, en Belgique, au Danemark et au sein de l'Union européenne, une analyse de risques est requise dans tous les cas.
- Certains pays, comme la Finlande et le Japon, n'exigent au contraire une évaluation des risques que lorsque la réglementation concerne les domaines de la santé et de la sécurité.

22 *Annex 12; Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791).

23 Pour une explication détaillée de la méthode de calcul, se reporter à *Her Majesty's Treasury, Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, (<http://greenbook.treasury.gov.uk/annex06.htm>)

24 FLIEDNER, Ortlieb, *Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze*, Berlin, 2006, p. 53. En général, il existe deux mécanismes d'évaluation réglementaire possibles : celui qui préconise l'application du dénommé « principe de précaution », principe qui figure notamment dans le Règlement CE 178/2002 du 28 janvier 2002, en vertu duquel, si au vu des informations disponibles, des effets nocifs pour la santé ont été jugés probables mais que l'incertitude scientifique demeure, des mesures provisoires de gestion du risque pourront être adoptées pour assurer le niveau élevé de protection de la santé exigé par la Communauté dans l'attente d'informations scientifiques supplémentaires permettant d'évaluer le risque de façon plus exhaustive ; celui de l'analyse d'impact réglementaire qui vise à promouvoir une réglementation plus efficiente et plus efficace (pouvant prendre en considération, entre autres critères, ceux relatifs à l'impact sur la santé et sur l'environnement). Ce dernier mécanisme est celui qui prédomine actuellement au sein de l'Union européenne. Pour plus de détails sur ces deux mécanismes d'évaluation, cf. LÖFSTED, Ragnar, *The swing of the regulatory pendulum in Europe: from precautionary principle to (regulatory) impact assessment*; Brookings Institution, Working paper, mars 2004 (<http://ssrn.com/abstract=519563>).

2.4.4. LES EFFETS SUR LA CONCURRENCE

L'un des critères les plus pertinents sur lesquels repose une analyse d'impact réglementaire n'est autre que l'impact que peut avoir la réglementation sur la concurrence. L'Union européenne et la Nouvelle-Zélande exigent que l'effet probable de la réglementation sur la concurrence soit analysé dans tous les cas, tandis que les Etats-Unis ne l'exigent que dans le cas des réglementations plus importantes.

L' *Office of Fair Trading* britannique a formulé des lignes directrices pour l'évaluation de l'impact des mesures réglementaires sur la concurrence²⁵. L'évaluation, qui doit initialement être conduite par le département ministériel correspondant, vise à vérifier si la proposition de réglementation peut avoir l'un des quatre effets suivants :

- Une limitation directe du spectre ou du nombre d'entreprises de biens ou de services sur le marché .
- Une limitation indirecte du spectre ou du nombre d'entreprises de biens ou de services sur le marché .
- Une limitation de la capacité des entreprises de biens ou de services d'exercer une concurrence sur le marché .
- Une réduction des mesures d'incitation des entreprises de biens ou de services à une concurrence active sur le marché.

Lorsque l'un des cas énoncés précédemment se présente, l'analyse d'impact sur la concurrence s'impose. Celle-ci est ensuite obligatoirement remise aux autorités de concurrence (*Office of Fair Trading*) pour son évaluation.

En ce qui concerne l'Espagne, la Commission nationale de la concurrence doit se prononcer sur tous les projets et toutes les propositions d'actes normatifs juridiques ayant une incidence sur la concurrence (art. 25 de la loi espagnole 15/2007, du 3 juillet, sur la protection de la concurrence). Dans ce sens, dans son rapport du 26 juillet 2008, la Commission nationale de la concurrence a édicté des critères minimums que les réglementations doivent respecter pour être considérées comme efficaces du point de vue de la concurrence. Ces critères sont les suivants :

- 1) Nécessité et proportionnalité : étant donné que l'économie de marché et la liberté d'entreprise sont devenues la règle générale, lorsque qu'une réglementation contrevient à ces principes, elle doit être explicite et s'accompagner d'une justification de sa nécessité .

²⁵ *Office of Fair Trading; Completing competition assessments in Impact Assessments, A guide for policymakers*, Londres, 2007. Accessible sur le site http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft876.pdf

- 2) Distorsion minimale : parmi les divers instruments pouvant contribuer à l'atteinte d'un objectif donné, il convient de choisir ceux qui entraîneront une moindre distorsion de la concurrence. La non-existence d'un mécanisme alternatif permettant d'atteindre le même objectif en entraînant une moindre distorsion pour le fonctionnement du marché devra par ailleurs avoir été constatée .
- 3) Efficacité : la confection des réglementations doit permettre la mise en œuvre efficace de ces dernières afin d'obtenir les effets escomptés .
Pour ce faire, il est nécessaire de :
- Définir clairement les objectifs.
 - Envisager une mise en œuvre facile.
 - Accentuer la coordination entre les différentes administrations.
 - Éviter les lacunes juridiques.
- 4) Transparence : la transparence doit être un principe directeur du cadre réglementaire et des processus d'élaboration de ce dernier. La dispersion des réglementations est donc à éviter. La réglementation d'un secteur donné fait souvent l'objet de diverses réformes par le biais de différents textes de loi ou est reprise dans des réglementations diverses, émanant pour la plupart de différentes administrations. Cette dispersion réglementaire réduit considérablement la transparence du cadre réglementaire. Il existe de surcroît un recours quelquefois confus à des dispositions transitoires et dérogatoires. Tout cela contribue à bloquer l'entrée du marché, en privilégiant ceux qui s'y sont déjà fait une place au détriment des nouveaux arrivants, qui connaissent moins bien le cadre réglementaire, ses lacunes et ses particularités.
Par ailleurs, la transparence doit également concerner la mise en œuvre de la réglementation. En présence de restrictions à l'entrée et à l'activité, les critères permettant de déterminer quels opérateurs peuvent ou ne peuvent pas opérer doivent être transparents, au même titre que leur justification.
- 5) Prévisibilité : le cadre réglementaire doit être stable et son développement doit être prévisible. Ainsi, une bonne pratique consiste à assurer que les réglementations qui nécessitent un développement puissent bénéficier d'une prévision de calendrier pour l'amélioration de ce développement. En effet, comme nous le disions précédemment, cela permet à l'autorité de s'engager et d'être une source de confiance accrue dans le système. Il faut donc fuir les « réglementations qui prennent en traître », à savoir les mesures importantes, ayant un effet avéré sur le compte de résultat des entreprises, qui sont adoptées de façon rapide, un tant soit peu précipitée, de sorte qu'elles prennent les investisseurs au dépourvu et génèrent un manque de confiance inutile sur les marchés de capitaux. Pour les mêmes raisons, l'instabilité du cadre réglementaire est elle aussi à éviter.

2.4.5. LES EFFETS DE LA RÉGLEMENTATION SUR LA SOCIÉTÉ, NOTAMMENT SUR LA RÉDUCTION DE LA PAUVRETÉ

Les analyses d'impact réglementaire peuvent porter sur la détermination des effets probables de la réglementation proposée sur la société, notamment en termes d'emploi, d'accès au crédit ou à la propriété. Etant donné que tout le monde s'accorde à dire que la simple croissance économique ne bénéficie pas en elle-même aux couches sociales les moins favorisées²⁶, la réglementation représente un vecteur essentiel dans la transmission des bénéfices de la croissance vers ces classes sociales et vers des actions d'utilité sociale. Par conséquent, la finalité première d'une analyse d'impact réglementaire dans un pays en voie de développement comme le Maroc devrait être l'étude des conséquences de la réglementation concernée sur la réduction de la pauvreté²⁷.

2.5. LE SYSTÈME D'ÉVALUATION

Les analyses d'impact réglementaire visent principalement à créer un cadre décisionnel rationnel permettant d'évaluer les conséquences des décisions politiques et législatives. Une analyse d'impact réglementaire se réalise en plusieurs phases et se traduit par un document. L'étendue et la profondeur de l'analyse dépendent du modèle d'analyse d'impact réglementaire choisi, ainsi que de l'importance des sujets traités. Il est quoi qu'il en soit possible de distinguer trois phases (voir l'encadré 2 ci-dessous).

Encadré 2. Les trois phases de l'analyse d'impact réglementaire

Phase 1	Évaluation générale des effets
Phase 2	Première évaluation qualitative des effets les plus significatifs
Phase 3	Analyse qualitative et/ou quantitative détaillée des effets les plus significatifs

Source : Commission européenne, *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791), 15 juin 2005.

Dans la pratique, cette structure correspond à la mise en œuvre de deux analyses différentes : une première analyse initiale, simplifiée, et une deuxième analyse, plus approfondie, lorsqu'il ressort de la première que la réglementation proposée

26 KIRKPATRICK, Colin et PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 175.

27 KIRKPATRICK, Colin et PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 175: «It may be appropriate [...] for RIA's in developing countries to be "pro-poor" by placing an explicitly heavy weighting on poverty reduction and skewing the assessment in favour of regulatory changes that assist the poor».

aura un impact significatif (d'intensité moyenne ou élevée). Statuer sur le caractère significatif de l'impact d'une proposition réglementaire relève d'une décision politique et juridique qui doit être claire pour éviter de confondre les cas nécessitant une simple analyse préliminaire des cas nécessitant une analyse plus poussée.

Prenons l'exemple du modèle irlandais, selon lequel il apparaît nécessaire de réaliser une analyse d'impact approfondie dans les cas suivants²⁸ :

- (a) Lorsque la réglementation proposée a une incidence significative sur la concurrence nationale .
- (b) Lorsque la réglementation proposée a une incidence significative sur les catégories sociales les plus défavorisées .
- (c) Lorsque la réglementation proposée a incidence significative sur l'environnement .
- (d) Lorsque la réglementation proposée implique de profonds changements dans la politique économique .
- (e) Lorsque la réglementation proposée restreint les droits des citoyens .
- (f) Lorsque la réglementation proposée impose à ses destinataires des coûts de mise en conformité disproportionnés .
- (g) Lorsque les coûts que doivent supporter l'Administration publique ou certains acteurs concernés sont significatifs ou inéquitablement répartis entre les acteurs concernés. Pour cette raison, une quantité souvent calculée à la hausse est indiquée et peut être modifiée suivant les circonstances.

2.6. LE RAPPORT D'ÉVALUATION

L'analyse d'impact réglementaire n'est pas seulement un système. Elle se traduit par un document qui doit répondre aux questions fondamentales suivantes :

- 1) Quels sont les problèmes que le nouveau texte se propose de résoudre et dans quelle mesure le stade actuel de l'évolution du Droit est à l'origine de ces problèmes ?
- 2) Quelle est la finalité de la réglementation proposée ?
- 3) Quelles solutions existent-il pour atteindre ce but ?
- 4) Quel est l'effet prévisible des solutions envisageables, non seulement en termes d'avantages mais également en termes de coûts (directs et indirects) de la réforme, sur le plan financier, social et environnemental, ainsi que pour les administrations et les dépenses publiques ?

²⁸ Department of the Taoiseach, *Report on the Introduction of Regulatory Impact Analysis*, non daté, accessible sur le site http://www.betterregulation.ie/attached_files/Pdfs/RIA%20english.pdf

En général, pour fournir une réponse à ces quatre questions principales, une *check-list* est mise au point. Cette liste de critères de référence couvre une série de questions pertinentes que tous les responsables de la réglementation sont tenus de se poser lorsqu'ils évaluent le besoin d'intervenir sur le plan réglementaire en vue de résoudre un problème. Globalement, ces questions aident les décideurs à réfléchir aux implications des réglementations proposées (ou déjà existantes et objets de réglementation) et à déterminer si la solution réglementaire proposée (si elle est mise en œuvre) est susceptible d'être efficace.

Encadré 3. Liste de critères de référence d'une analyse d'impact réglementaire

1. Le problème est-il correctement défini ?

Il convient d'énoncer de façon précise le problème à résoudre en indiquant clairement sa nature et son ampleur, et en expliquant pourquoi il s'est posé. Il convient également d'identifier les incitations des parties intéressées.

2. L'intervention des pouvoirs publics est-elle justifiée ?

L'intervention de l'État devrait être fondée sur des éléments indiquant clairement qu'elle est nécessaire, vu la nature du problème, les avantages et les coûts probables de l'intervention, et l'évaluation préalable des autres mécanismes permettant de s'attaquer au problème.

3. La réglementation représente-t-elle la meilleure forme d'intervention publique ?

Les responsables de la réglementation devraient procéder, à un stade précoce du processus réglementaire, à une comparaison solidement étayée des instruments réglementaires et non réglementaires à leur disposition, en examinant des aspects essentiels comme les coûts et les avantages de chacune des solutions, ainsi que les effets sur les parties concernées et les implications administratives de la mesure.

4. Quel est le fondement juridique de la réglementation ?

Le processus réglementaire devrait être structuré de manière à garantir que toutes les actions réglementaires respectent le principe de légalité, ce qui signifie qu'elles doivent être conformes au principe de hiérarchie réglementaire et aux principes juridiques et constitutionnels fondamentaux tels que la sécurité juridique, la non-discrimination, etc.

5. Quel est le niveau d'administration approprié pour agir ?

Les responsables des réglementations devraient choisir le niveau d'administration le plus approprié pour s'attaquer au problème (principe de subsidiarité). Si plusieurs niveaux sont concernés, il convient de mettre point des systèmes efficaces de coordination entre ces différents niveaux.

6. Les avantages de la réglementation en justifient-ils les coûts ?

Les responsables des réglementations devraient évaluer l'ensemble des coûts et avantages escomptés de chaque réglementation proposée et des options envisageables. Les coûts de l'intervention devront être justifiés par ses avantages.

Encadré 3. Liste de critères de référence d'une analyse d'impact réglementaire (cont.)

7. La répartition des effets de l'intervention réglementaire est-elle transparente ?

Dans la mesure où l'intervention réglementaire a des effets distincts sur différents groupes concernés, les responsables de la réglementation doivent rendre publique la répartition des coûts et des avantages réglementaires entre les différents groupes concernés.

8. La réglementation proposée est-elle claire, cohérente, compréhensible et accessible à l'ensemble des destinataires ?

Les responsables de la réglementation doivent s'assurer que les réglementations élaborées sont claires, cohérentes, compréhensibles et accessibles.

9. Toutes les parties intéressées ont-elles pu donner leur avis ?

Les réglementations devraient être élaborées d'une façon transparente et des mécanismes appropriés devraient être mis en place pour que les parties intéressées, telles que les entreprises, les syndicats, etc., puissent intervenir dans le processus.

10. Quels sont les mécanismes d'application prévus ?

Les responsables de la réglementation doivent évaluer les institutions par le biais desquelles la réglementation prendra effet et leurs incitations et mettre au point des stratégies d'application efficaces.

Source : OCDE, *The 1995 Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, Paris, 1995.

2.7. LA QUALITÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

2.7.1. INTRODUCTION

La création de mécanismes de contrôle de la qualité de l'analyse d'impact réglementaire au moment même de la mise en œuvre d'un système d'analyse d'impact réglementaire constitue une partie essentielle de cette dernière.

Ces mécanismes de contrôle peuvent être classés en trois catégories principales²⁹ :

- Les contrôles de conformité formelle (*compliance test*), qui servent à s'assurer de la conformité procédurale des règles de l'analyse d'impact.
- Les contrôles de conformité matérielle (*performance test*), qui se centrent sur la qualité de l'analyse d'impact réglementaire.

29 LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 56 et suivantes.

- Les contrôles d'efficacité (*function test*), qui servent à évaluer l'effet de l'analyse d'impact réglementaire sur la qualité de la réglementation et sur le type de réglementation créée.

2.7.2. LES CONTRÔLES DE CONFORMITÉ FORMELLE

Les contrôles de conformité formelle visent normalement à s'assurer du respect des procédures établies dans la réglementation applicable. Il s'agit par exemple de vérifier la nécessité d'une action réglementaire, la prise en considération de l'opinion des parties intéressées, la quantification des coûts de l'intervention réglementaire, etc.

Encadré 4. Liste de critères de référence pour la vérification de la conformité formelle des règles d'une analyse d'impact réglementaire

-
1. Une analyse d'impact réglementaire a-t-elle été réalisée préalablement à l'adoption ou au rejet de la proposition réglementaire ?

 2. L'AIR justifie-t-elle l'intervention de l'État et son fondement juridique ?

 3. Comprend-elle un résumé de la proposition et de ses effets probables ?

 4. Les avantages de la réglementation en justifient-ils les coûts ?

 5. Les effets positifs et négatifs probables ont-ils été quantifiés ?

 6. Toutes les parties concernées ont-elles été entendues ?

 7. L'AIR évalue-t-elle les stratégies d'application de la réglementation et leurs diverses possibilités ?

 8. L'AIR a-t-elle été rendue publique ?

Source : LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 54.

Ces contrôles sont d'une très grande importance pratique. Ils sont simples à réaliser et peuvent par conséquent être effectués aussi bien par les autorités de contrôle que par d'autres parties intéressées, telles que des associations d'entreprises, des syndicats, etc. Ils servent essentiellement à évaluer le degré de conformité et, par-là même, à mettre en lumière les causes sous-jacentes d'une non-conformité. Ces dernières peuvent être imputables à un manque de motivation (auquel cas les règles de conformité devront se voir renforcées par un mécanisme d'application plus rigoureux) ou à un manque de qualification pour mener à bien les analyses d'impact réglementaire, qu'il conviendrait de pallier par des actions de formations appropriées.

Quoi qu'il en soit, il est important de souligner que le respect de ces exigences formelles est une condition indispensable mais insuffisante pour réaliser une analyse d'impact réglementaire de bonne qualité. C'est pourquoi nous nous intéresserons maintenant aux contrôles de conformité matérielle mis au point pour vérifier la qualité des analyses d'impact réglementaire.

2.7.3. LES CONTRÔLES DE CONFORMITÉ MATÉRIELLE

Tandis que les contrôles de conformité formelle se contentent de vérifier que les procédures établies sont bien respectées, les contrôles de conformité matérielle se penchent sur les différents éléments qui composent une analyse d'impact réglementaire et sur leur cohérence interne. Ces contrôles peuvent être effectués *ex ante* (par exemple, pour vérifier si les méthodes de quantification des coûts que l'on se propose d'utiliser sont raisonnables), *ex post* (par exemple, pour s'assurer que les calculs réalisés sont exempts d'erreurs matérielles), ou enfin, *ex ante* et *ex post*.

En outre, du point de vue du contenu, les contrôles de conformité matérielle portent souvent sur deux aspects essentiels : sur la phase du processus de réglementation au cours de laquelle l'analyse d'impact réglementaire est réalisée, dans le sens où plus l'anticipation sera grande, plus l'effet de l'analyse sur le résultat réglementaire sera important, et sur la capacité de prévision de l'analyse, par rapport aux résultats effectivement obtenus. Il convient à ce sujet de souligner que les études réalisées jusqu'à présent montrent que les analyses ont tendance à surestimer les coûts de la réglementation proposée par rapport aux coûts réellement supportés³⁰.

Encadré 5. Liste de critères de référence pour la vérification de la conformité matérielle des règles d'une analyse d'impact réglementaire

-
1. L'analyse d'impact a-t-elle clairement défini quel était le problème traité et pourquoi l'intervention réglementaire était nécessaire ?
 2. L'évaluation des coûts et des avantages utilisée était-elle adéquate, complète et réaliste ? Les présuppositions et les éléments de preuve employés ont-ils été détaillés dans l'AIR ? Un taux de réduction approprié a-t-il été utilisé ? Comment a-t-il été calculé ?
 3. Comment les parties intéressées ont-elles été entendues ? Toutes les informations pertinentes leur ont-elles été fournies ? De combien de temps ont-elles disposé pour donner leur opinion ? Leur opinion a-t-elle été prise en considération dans l'analyse d'impact réglementaire ?
-

30 Cf. MORGENSTERN, R. D., HARRINGTON, W., et NELSON, P., «On The Accuracy of Regulatory Costs Estimates», *Journal of Public Policy and Management*, n° 19, 2000, p. 3 et suivantes.

Encadré 5. Liste de critères de référence pour la vérification de la conformité matérielle des règles d'une analyse d'impact réglementaire (cont.)

4. À quel stade du processus réglementaire l'analyse d'impact réglementaire a-t-elle débuté ? Au début ? Au stade de l'avant-projet ? Au stade du projet ?

5. Si l'on confronte l'analyse avec la réalité des faits, l'analyse d'impact a-t-elle été capable de prévoir les conséquences positives et négatives de la réglementation évaluée ?

Source : LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 62.

2.7.4. LE CONTRÔLE DE L'EFFICACITÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

Les contrôles précédents en disent beaucoup sur la qualité de l'analyse d'impact réglementaire, mais bien peu sur son efficacité, c'est-à-dire sur son effet sur la qualité de la réglementation objet de l'analyse. Dans ce sens, il est possible de dégager trois indicateurs de l'efficacité de l'analyse d'impact réglementaire : l'introduction de modifications dans la réglementation proposée, les changements introduits dans le processus d'élaboration des réglementations et les changements dans la perception que les parties intéressées ont du processus d'élaboration des réglementations.

En ce qui concerne le premier indicateur, la quantification du nombre de cas dans lesquels les propositions de réglementation subissent des changements à la suite des analyses d'impact réglementaire effectuées est l'un des critères les plus simples pour son évaluation. Dans la pratique, l'expérience des États-Unis, de l'Australie et de la Hollande montrent que ce chiffre varie fortement, de 9 % à 60 %³¹. Ces variations peuvent être dues au processus de formation des responsables de la réglementation (qui les décourage de présenter des propositions réglementaires sachant que la suite donnée par l'analyse d'impact a de fortes chances de leur être défavorable), ou aux différents niveaux d'exigence des analyses d'impact. En guise de complément au critère précédent, purement quantitatif, l'utilisation d'un critère d'évaluation de la capacité de réaction des responsables de la réglementation a été suggérée ; il s'agit de savoir si, et le cas échéant, dans quelle mesure, les observations réalisées pendant la période des consultations ont été prises en considération dans l'analyse d'impact. Enfin, le troisième critère utilisé est celui de la confrontation des coûts et des avantages de la proposition réglementaire initiale avec les coûts et les avantages de la proposition finale. Bien que cette méthode d'évaluation semble assez simple sur le plan conceptuel, elle a tendance à surestimer l'effet de l'analyse

31 LADEGAARD, *Measuring RIA quality and performance*, p. 64.

d'impact étant donné que la proposition de départ n'est qu'une simple ébauche de document, n'ayant pas encore fait l'objet d'un travail approfondi³².

Le deuxième indicateur, qui est celui de la vérification de la nature des changements introduits dans le processus d'élaboration des réglementations à proprement parler, nous permet de mesurer l'ampleur du changement induit par les systèmes d'analyse d'impact réglementaire. Ainsi, par exemple, une étude canadienne montre qu'une fois le système d'analyse d'impact réglementaire mis en place (et assimilé) :

« More attention is paid to alternatives to costs and benefits than appeared to exist when the requirements were instituted fifteen years ago. Officials were sensitive to RIA requirements and departments had systems in place to consider regulatory options and costs and benefits. Resources were being devoted to these activities and a core of expertise was available in several departments. »³³

Enfin, le troisième indicateur est celui de la nouvelle perception que les parties intéressées (*stakeholder*) ont du processus d'élaboration des réglementations. Les sources de cet indicateur sont quelque peu subjectives, mais il peut servir à corroborer les données obtenues des deux autres indicateurs énoncés.

32 Il ressort de l'étude réalisée sur 15 réglementations par l'Environmental Protection Agency américaine que l'analyse d'impact réglementaire a permis d'économiser près de 1 milliard de dollars en termes de coûts. Cf. OCDE, *Regulatory Reform in the United States*, 1998.

33 Delphi Group, *Assessing the Contribution of Regulatory Impact Analysis on Decision Making and the Development of Regulations*, Ottawa, 2000.

**CHAPITRE 3.
LA MISE EN ŒUVRE D'UN SYSTÈME D'ANALYSE
D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE AU MAROC :
AVANTAGES ET OBSTACLES**

Tomás Vázquez Lépinette

Docteur en Droit, professeur titulaire de Droit Commercial et avocat

3.1. INTRODUCTION

L'instauration d'un système d'analyse d'impact de la réglementation revêt une importance politique de premier ordre. Ce chapitre vise à mettre en évidence les avantages que pourrait, selon nous, retirer le Maroc de la mise en œuvre d'un système d'analyse d'impact, ainsi que les principaux défis posés par ladite mise en œuvre.

3.2. AVANTAGES DE LA MISE EN ŒUVRE D'UN SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

Au cours de ces quarante dernières années, de nombreux changements importants se sont produits en matière de réglementation. Tout d'abord, au début des années 1970, dans une atmosphère d'activisme étatique, surgit la science de la législation. Il s'agissait de fournir aux pouvoirs publics des instruments leur permettant de planifier leurs interventions sur le plan économique et social, de prévenir les maux sociaux plutôt que de les guérir et d'agir au lieu de simplement réagir³⁴. Dans une deuxième phase, c'est plutôt la prise de conscience des limites de l'action étatique qui constitue le moteur du développement de la légistique : la rationalité limitée des pouvoirs publics, les effets pervers des interventions de l'État, la capture du régulateur³⁵. Enfin, nous nous trouvons actuellement dans une troisième phase, dans laquelle l'analyse d'impact réglementaire revêt une importance majeure. Nous nous trouvons en effet dans la phase du capitalisme réglementaire³⁶ ; l'État n'est pas en mesure de réglementer seul l'économie et s'appuie sur d'autres acteurs afin de réglementer certains secteurs d'activité³⁷. L'État dicte ainsi des règles au marché de façon indirecte, soit par le biais d'institutions internationales (comme l'UE ou le FMI), soit par le biais de particuliers répartis dans le monde (par exemple en exigeant que la notation des valeurs émises par certaines entreprises fasse l'objet d'un *rating*, ou en intégrant à la législation, des réglementations formulées par des organisations privées, comme l'International Organization of Securities Commissions (IOSCO). Par ailleurs, et plus concrètement, tout le monde s'accorde à dire que l'une des causes actuelles de la crise est la réglementation inappropriée des marchés et, en

34 L'auteur le plus représentatif de cette période est NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Rheinbeck bei Hamburg, 1973.

35 BUCHANAN, James, *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory*; Indianapolis, 1^{ère} ed, 1969.

36 Pour reprendre l'expression de BRAITHWAITE, John, *Regulatory Capitalism*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008.

37 Selon KIRKPATRICK, Colin et PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, dans Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 171, «The focus is shifting away from "less government" towards "better government"...».

particulier, des marchés financiers³⁸. L'étude des mécanismes œuvrant à l'amélioration de la qualité de la législation se voit de ce fait encouragée.

Ensuite, et cet aspect revêt une importance majeure pour le Maroc, la qualité du cadre réglementaire constitue un atout majeur permettant d'attirer de nombreux investisseurs, nationaux et étrangers. L'utilisation de systèmes d'évaluation est l'un des éléments clés pour bâtir une économie compétitive dans un contexte de mondialisation³⁹. Plus particulièrement, la réalisation d'analyses d'impact réglementaire sert à favoriser la coordination de la politique réglementaire entre les différents niveaux administratifs et à favoriser la consultation des parties intéressées, dans le but de contribuer à une transparence accrue des politiques gouvernementales et d'assurer le respect des réglementations.

Dans ce sens, il est empiriquement prouvé que la mise en œuvre d'un système d'analyse d'impact se traduit, d'un point de vue global, par une amélioration de la qualité réglementaire.

Il est en outre important de préciser que le processus d'analyse d'impact des réglementations ne se substitue aucunement aux avis émis par les organes consultatifs (comme le *Conseil national de la concurrence*), qui doivent nécessairement être entendus au cours du processus législatif. Le processus d'analyse d'impact est en fait complémentaire, et ce pour diverses raisons. Tout

38 À ce titre, un exemple : dans sa lettre ouverte du 17 septembre 2008, l'IOSCO (International Organization of Securities Commissions) s'exprime en ces termes:

«IOSCO addresses current market turmoil

The International Organization of Securities Commissions' (IOSCO) Technical Committee met on 16 September to discuss current market conditions and further prioritise IOSCO's work in response to the subprime crisis. The Technical Committee (TC) meeting has enabled members to engage in face to face discussions on current market conditions and to coordinate their efforts in promoting the smooth and transparent operation of global markets. The TC continues to prioritise its focus on two key areas:

- Greater international coordination for the oversight of credit rating agencies; and Market participants responsible for retail clients. The TC members expect investment managers to carry out appropriate due diligence procedures in order to properly understand the risks associated with any products in which they are intending to invest their clients' funds, and the TC has an active workstream on this topic. The TC expects to publish its findings and recommendations in the next months.
- National securities regulators must continue to focus on ensuring that the infrastructure of their financial markets are in robust condition and have the capacity to continue to operate in an orderly fashion, allowing market participants to continue to meet obligations to their customers.

Other work on firm risk management, prudential supervision and valuation and accounting continues to be a priority. The results of these workstreams will contribute to the development of new regulatory standards for global markets».

39 Pour plus de détails sur cette question, cf. KEEFER, P. et KNACK, S., *Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of Institutional Explanation*, Economic Inquiry, 1997, n° 35, p. 590-602. Ces auteurs trouvent une corrélation positive entre le développement économique et la qualité des institutions juridiques, en particulier en matière de protection de la propriété privée. On retrouve également cette idée, bien que de façon plus nuancée, dans *Towards Appropriate Institutional Arrangements for Regulation in Less Developed Countries*, OGUS, Anthony, Working paper n° 119, Centre for Regulation and Competition, University of Manchester, juin 2005.

d'abord, ces organes consultatifs sont, en principe, sectoriels. En effet, contrairement au caractère pluridisciplinaire de l'analyse d'impact réglementaire, soit leur analyse est limitée à un secteur donné de la réalité économique ou juridique (par exemple, le marché des télécommunications), soit leur analyse ne s'intéresse qu'à des aspects strictement juridiques ou économiques. Ensuite, ils n'interviennent pas au même moment ; les organismes consultatifs n'interviennent pas au stade du premier avant-projet de la réglementation, mais ultérieurement, une fois qu'il existe un projet de loi. Aussi son effet pratique est-il généralement moindre puisqu'il est plus aisé de rectifier un avant-projet qu'un texte d'une autre nature juridique.

3.3. LES OBSTACLES À LA MISE EN ŒUVRE D'UN SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

Les obstacles que rencontrent les responsables de la réglementation lors de la mise en œuvre d'un système d'analyse réglementaire sont généralement les suivants :

- Un soutien institutionnel insuffisant et un manque de personnel disposant des compétences requises pour conduire une analyse d'impact réglementaire. Le concept même d'analyse d'impact réglementaire est difficile à appréhender et difficile à mettre en œuvre si les responsables de la réglementation ne le maîtrisent pas. Par ailleurs, si l'intégration de l'AIR au processus d'élaboration des réglementations ne s'accompagne pas d'une participation active des parties concernées, il existe un risque important d'aboutir à une procédure purement formelle au lieu d'obtenir un instrument d'analyse utile .
- L'indifférence ou l'hostilité des pouvoirs publics (administration publique et parlement), dues à l'inertie bureaucratique et à la crainte de perdre le contrôle sur le processus de création réglementaire .
- Le manque de projection publique de l'AIR, qui limite la participation des parties concernées (associations, syndicats, chambres de commerce, etc.) et qui constitue par conséquent un obstacle aux possibilités d'amélioration de la réglementation .
- L'absence de données empiriques et statistiques.

Compte tenu de ce qui précède, il convient pour mettre en œuvre un système d'analyse d'impact réglementaire d'adopter les dix mesures suivantes, considérées comme les meilleures pratiques⁴⁰:

40 OCDE, *Regulatory Impact Analysis: Best Practice in OECD Countries*, Paris, 1997.

- Maximiser l'engagement politique en faveur de la mise en œuvre de l'AIR (et la prévision budgétaire de financement à long terme⁴¹).
- Développer et mettre en œuvre des systèmes de collecte de données.
- Former les responsables de l'évaluation et de la réglementation.
- Assigner clairement les tâches et les responsabilités dans le cadre de l'AIR.
- Cibler clairement les objectifs à atteindre par l'AIR.
- Adopter une méthode d'analyse cohérente mais flexible.
- Intégrer l'AIR dans le processus d'élaboration des réglementations, e plus tôt possible.
- Appliquer l'AIR aux réglementations existantes comme aux réglementations nouvelles.
- Communiquer et publier les résultats.
- Faire activement participer toutes les parties concernées au processus.

41 César CORDOVA NOVION fait particulièrement ressortir cet aspect dans *Regulatory Impact Assessment in Mexico*, Kirkpatrick/Parker (eds.), Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 244.

**CHAPITRE 4.
LES CONDITIONS PRÉALABLES À L'INTRODUCTION
D'UN SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE
AU MAROC**

Tomás Vázquez Lépinette

Docteur en Droit, professeur titulaire de Droit Commercial et avocat

4.1. LA MAXIMISATION DU SOUTIEN POLITIQUE

L'expérience acquise montre que l'une des conditions *sine qua non* de l'introduction d'un système d'AIR est le soutien politique inconditionnel, aussi bien du pouvoir exécutif que du pouvoir législatif. Il est important de souligner que le système d'analyse d'impact réglementaire ne se substitue pas à la décision politique ; il sert au contraire à ce que cette décision et les mesures adoptées en conséquence soient couronnées de succès, tant du point de vue de la formulation que de la mise en œuvre. Il s'agit donc d'un système qui vise à renforcer la capacité d'intervention publique, et non pas à la limiter.

La « Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation » (JORF n°199 du 29 août 2003), justifie le recours à une analyse d'impact réglementaire en ces termes :

« La loi ne peut et ne doit pas être le seul outil de notre politique. Il convient, avant toute proposition nouvelle, de vérifier qu'une plus grande attention à l'application effective des textes en vigueur ne répond pas aux besoins identifiés. L'excès de réglementation a un coût. Il peut conduire à une dévaluation de la règle de droit, qui fragilise l'autorité de l'Etat ».

Il convient également de gagner le soutien des organisations représentatives de la société civile, telles que les associations d'entreprises, les syndicats, etc., et du public en général, à travers des campagnes d'information et de sensibilisation.

Trois éléments clés peuvent contribuer à obtenir un soutien politique accru :

- (i) La nature des parties prenantes au système d'analyse de la réglementation .
- (ii) Le fondement juridique de l'analyse d'impact de la réglementation .
- (iii) La prévision expresse d'un soutien budgétaire à long terme pour le système d'analyse réglementaire.

4.1.1 LES PARTIES PRENANTES

Dans la confection des analyses d'impact réglementaire, les principaux acteurs concernés doivent être les instances clés de la structure étatique du Maroc, à savoir :

- Le Cabinet du Premier ministre .
- Le Secrétariat général du gouvernement .
- Le ministère de la Justice .

- Le ministère de l'Économie et des Finances.
- Les services juridiques des ministères.
- Le parlement et ses instances gouvernementales et juridiques.

Le rôle de ces instances au cours du processus d'analyse d'impact n'est évidemment pas le même, mais il convient quoi qu'il en soit de :

- Remettre le rapport de l'AIR au Secrétariat général du gouvernement.
- Remettre le rapport de l'AIR, lorsqu'il porte sur un projet de loi, au parlement avec le projet de loi en question.

4.1.2. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

Le second élément externe qui atteste du niveau de soutien politique accordé à l'analyse d'impact est celui du niveau du texte légal qui sert de fondement juridique dans la hiérarchie réglementaire. Nous avons déjà remarqué que ce niveau varie considérablement d'un pays à l'autre et que cela peut aller d'une réglementation interne au gouvernement (une circulaire du Premier ministre) à un décret ou à une loi formelle. Cependant, la plupart des pays de l'OCDE optent pour une loi ou un décret.

En ce qui concerne le Maroc, étant donné qu'il n'existe pour le moment aucun système officiel d'analyse d'impact réglementaire, nous proposons de traduire le soutien politique au système par la formulation d'un décret ou d'une loi, approuvée par le parlement, pour donner un fondement juridique à l'analyse d'impact de la réglementation⁴².

4.1.3. DU SOUTIEN BUDGÉTAIRE À LONG TERME AU SYSTÈME D'ANALYSE D'IMPACT

Enfin, il est essentiel, en vue de la bonne mise en œuvre d'un système d'AIR, de bien comprendre que c'est une démarche qui s'inscrit dans la durée car ses résultats seront visibles à long terme. Par conséquent, la prévision expresse de financer le programme de mise en œuvre d'un système d'analyse d'impact à long terme, sur cinq ou dix ans, est la démonstration la plus palpable de ce soutien. L'expérience internationale montre que ce type d'investissement à long terme est le seul qui permet de bouleverser des pratiques de production législative profondément enracinées.

42 Cf. KIRKPATRICK, Colin et PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, dans Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 178.

4.2. LA COLLECTE DE DONNÉES

4.2.1. LES DONNÉES

L'élaboration d'une stratégie efficace en matière de collecte de données, en vue de réunir les informations nécessaires à la conduite d'une analyse d'impact, revêt une importance majeure. La qualité de l'analyse dépend dans une large mesure de la précision et de la disponibilité des données quantitatives.

Il existe actuellement au Maroc divers organismes de collecte de données et d'études statistiques (dont, entre autres la Direction de la politique économique générale du ministère des Finances, la Direction de la statistique du ministère du Plan et le ministère de la Justice). Il n'est donc pas nécessaire de créer un organisme *ex novo*, mais il sera indispensable de mettre en œuvre un système de collaboration entre l'organisme chargé de réaliser les analyses d'impact réglementaire et les organismes producteurs de statistiques. De surcroît, l'organisme chargé de conduire les analyses d'impact réglementaire devrait être habilité, soit directement, soit à travers le Secrétariat général du gouvernement, à définir les critères de recueil des données qui sont en possession des autres organismes de l'administration ainsi que le type de données devant être collectées.

4.2.2. RECOMMANDATIONS

Nous recommandons la création de systèmes légaux de collaboration entre l'instance chargée de l'analyse réglementaire et le reste des administrations publiques en matière de collecte de données.

4.3. LES RESSOURCES HUMAINES EN MATIÈRE D'ANALYSE RÉGLEMENTAIRE

4.3.1. LES GROUPES DE TRAVAIL CHARGÉS DES ANALYSES RÉGLEMENTAIRES

Créer des équipes réunissant les compétences nécessaires revêt une importance majeure pour la bonne mise en œuvre d'un système d'AIR⁴³. Par conséquent, bien que le recours à des consultants externes soit tout à fait possible en phase initiale, il conviendrait que, par la suite, le personnel spécialement formé à cet effet (à temps complet ou partiel) soit issu de l'administration publique elle-même. En effet, étant donné que la réglementation est l'une des principales

43 À titre d'exemple, 400 personnes ont reçu une formation en Australie de 2003 à 2004 et de 2004 à 2005.

missions de l'État, il s'agit de garantir l'existence d'un noyau stable de personnes réunissant le poids politique et la qualité technique nécessaires pour mener à bien cette tâche.

Outre le soutien des responsables politiques des secteurs clés, le soutien des différents types d'experts suivants est également requis :

- Les juristes : ils se consacraient aux tâches liées à l'analyse réglementaire, tant du point de vue formel (qualité et clarté de la rédaction) que du point de vue substantiel (cohérence avec le système, rationalité, etc.).
- Les économistes : ils se chargeraient des analyses des coûts-avantages, d'efficacité et des effets sur la concurrence.

4.3.2. LA FORMATIONS DES LÉGISLATEURS

Parallèlement à la formation de groupes de travail spécialisés dans les questions d'analyse d'impact réglementaire, il conviendrait de dispenser également une formation aux législateurs. Il ne devrait être permis à aucun fonctionnaire de participer à la rédaction d'un texte législatif sans avoir suivi au préalable une formation en matière de qualité réglementaire et d'analyse d'impact.

4.3.3. RECOMMANDATIONS

- Une équipe d'experts en matière d'analyse d'impact réglementaire devrait être créée au sein de l'administration publique et des organes de conseil du parlement.
- Sans préjudice de ce qui précède, étant donné qu'il s'agit d'une démarche coûteuse qui s'inscrit dans la durée, des consultants externes devraient se charger de la phase initiale des travaux.
- Les fonctionnaires n'ayant pas suivi de formation en matière de qualité législative et d'analyse d'impact devraient être exclus du processus réglementaire.

**CHAPITRE 5.
LE CADRE INSTITUTIONNEL DE L'ANALYSE D'IMPACT
RÉGLEMENTAIRE AU MAROC**

Tomás Vázquez Lépinette

Docteur en Droit, professeur titulaire de Droit Commercial et avocat

5.1. QUI DOIT CONDUIRE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE ?

5.1.1. L'INSTANCE CHARGÉE DE RÉALISER L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

Plusieurs options existent pour la conduite des analyses : elles peuvent être conduites soit par chaque ministère concerné, soit par une instance centrale, ou un système intermédiaire est choisi, dans lequel, la phase initiale de l'évaluation a lieu dans chaque ministère et, une instance centrale ensuite, se charge de son développement.

À nos yeux, la solution la moins efficace est celle où chaque ministère réalise sa propre analyse d'impact, car elle présente un risque de grande dissémination et plus d'inconvénients que d'avantages. La solution qui au contraire est la plus susceptible d'être couronnée de succès est celle de la création d'un organe central et indépendant à la fois. La création de cet organe central s'avère nécessaire pour une question d'efficacité. En effet, d'une part, elle permet des économies d'échelle et de variété et, d'autre part, elle permet d'éviter le manque de coordination entre différentes instances. Cette option présente toutefois également quelques inconvénients d'ordre pratique, par exemple dans le cas d'une saturation du système due à une surcharge de travail. C'est pourquoi il serait sans doute préférable que chaque ministère réalise une analyse préliminaire, devant ensuite être remise à l'organe central, chargé de conduire une analyse réglementaire plus approfondie.

Conformément au principe de séparation des pouvoirs, les propositions de loi ne sauraient être soumises à l'évaluation de cet organe indépendant (toutefois encadré par le pouvoir exécutif). Aussi les services du Parlement eux-mêmes devraient-ils être selon nous les instances chargées de réaliser une analyse d'impact réglementaire. Enfin, en ce qui concerne l'instance qui devrait être chargée de réaliser les analyses d'impact au Maroc, étant donnée l'architecture institutionnelle du pays, il semble que cette fonction devrait être remplie par un organisme spécialisé rattaché au cabinet du Premier ministre. En effet, le Premier ministre détient le pouvoir réglementaire et, sous sa présidence, le gouvernement approuve les projets de loi (articles 63 et 66 de la Constitution marocaine). De surcroît, un soutien politique accru et une source de financement stable se verraient ainsi assurés⁴⁴. Cet organisme (qui pourrait par exemple être baptisé Bureau de contrôle de la qualité législative) aurait une triple fonction :

- (i) Etablir les lignes directrices de la conduite des analyses d'impact de la réglementation.

⁴⁴ C'est l'opinion de KIRKPATRICK, Colin et PARKER, David dans *Regulatory Impact in Developing Countries*, Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, p. 177, qui plaident en faveur d'un organisme chargé de l'analyse d'impact rattaché au cabinet du Premier ministre.

- (ii) Apporter son concours technique aux ministères pour la rédaction des analyses d'impact réglementaire préliminaires.
- (iii) Contrôler le respect des règles en matière d'analyse d'impact réglementaire.

Il conviendrait par ailleurs que ce Bureau de contrôle de la qualité législative soit supervisé par le Secrétariat général du gouvernement dont l'encadrement serait le gage d'un mécanisme équilibré. Dans ce cas, quatre règles fondamentales doivent être respectées :

- (i) Le contrôle du Secrétariat général du gouvernement doit être d'ordre technique et non politique, c'est-à-dire qu'il ne pourra exercer un contrôle que sur la bonne application des lignes directrices de l'analyse.
- (ii) L'organisme chargé de remettre au Parlement le rapport d'analyse d'impact (pour les projets de loi) sera le Secrétariat général du gouvernement, en signe d'accord.
- (iii) Dans le cas des projets de loi, la remise du rapport d'analyse d'impact au Parlement est un acte obligatoire sans lequel le processus législatif ne saurait débiter.
- (iv) Dans un délai raisonnable, les rapports réalisés par l'organe compétent devront être portés à la connaissance du public, même sans la remise du projet de loi au parlement de la part du Secrétariat général du gouvernement ou sans l'approbation de la réglementation de rang inférieur à la loi.

5.1.2. RECOMMANDATIONS

- La réalisation des analyses d'impact réglementaire devrait être assignée à un organisme rattaché au cabinet du Premier ministre.
- Sans préjudice de ce qui précède, l'analyse préliminaire devrait être conduite par le ministère concerné.
- Le Secrétariat général du gouvernement devrait être l'organe de contrôle technique de la qualité des analyses d'impact réglementaire.

5.2. QUELS SONT LES SECTEURS QUI ONT LA PRIORITÉ EN MATIÈRE D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE ?

5.2.1. LES SECTEURS PRIORITAIRES

En principe, l'analyse d'impact réglementaire devrait exister pour tout texte légal ou réglementaire ou, du moins, pour ceux revêtant une importance majeure pour les citoyens. Néanmoins, en raison du peu de ressources dont on dispose

généralement, il est fréquent, surtout au départ, que les évaluations de l'impact réglementaire soient limitées à certains secteurs sociaux ou économiques (PME, impact sur l'emploi, sur les familles les plus défavorisées, sur l'investissement international, etc.). Il est par conséquent indispensable de dicter des consignes claires en ce qui concerne les aspects et les secteurs considérés comme les plus importants sur le plan politique et pour lesquels une analyse d'impact réglementaire doit de ce fait être réalisée.

5.2.2. RECOMMANDATIONS

- L'organisme chargé du contrôle de la qualité réglementaire devrait édicter une ligne directrice claire en ce qui concerne les secteurs les plus importants sur le plan politique et pour lesquels il convient donc d'effectuer une analyse d'impact réglementaire.

5.3. L'INTÉGRATION DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE DANS LE PROCESSUS D'ÉLABORATION DES RÉGLEMENTATIONS

5.3.1 ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE ET PROCESSUS DE CRÉATION DES RÉGLEMENTATIONS

Étant donné le caractère instrumental des analyses d'impact de la réglementation, autrement dit, parce qu'elles sont des instruments visant à évaluer les politiques législatives, plus tôt elles seront intégrées dans le processus de création réglementaire, plus elles seront utiles.

La plupart des pays qui ont recours à l'analyse d'impact réglementaire l'appliquent à la première ébauche du projet de loi ou de décret. À ce stade très précoce, une analyse d'impact peut s'avérer utile pour conserver tel quel ou apporter des modifications au projet, en fonction de l'objectif politique poursuivi et des paramètres de contrôle adoptés (effet sur les dépenses publiques, sur la concurrence, etc.), sans que cela n'entraîne aucun retard excessif⁴⁵. A contrario, la conduite d'une analyse d'impact plus tardive est susceptible de s'avérer inutile dans le sens où il sera très probablement trop tard pour agir sur le contenu de la réglementation projetée. Dans ce cas, l'analyse d'impact réglementaire risque de perdre sa raison d'être et de servir davantage de justification à une décision

45 L'expérience montre que l'intégration d'un système d'AIR n'entraîne pas de retard significatif dans le processus législatif. Cf. Department of the Taoiseach, *Report on the Introduction of Regulatory Impact Analysis*, Dublin, 2005, p. 9: «The experience of the pilot phase indicates that the use of RIA does not slow down the regulatory process, particularly given the general pace of legislative procedures».

technique et politique déjà adoptée que d'instrument d'évaluation de la politique législative.

5.3.2. RECOMMANDATIONS

- Le processus d'analyse réglementaire doit démarrer dès la rédaction du premier avant-projet. Il conviendrait à cet effet de procéder à une évaluation initiale de l'avant-projet de réglementation.

5.4. LE SYSTÈME D'ÉVALUATION DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

5.4.1. LE SYSTÈME D'ÉVALUATION D'IMPACT DOIT AVOIR UN CARACTÈRE DUALISTE

Selon nous, sur la base des modèles les plus avancés, le système d'évaluation de l'analyse d'impact réglementaire du Maroc devrait distinguer deux types d'analyses. Tout d'abord, chaque ministère, encadré si nécessaire par le Bureau de contrôle de la qualité législative, devrait réaliser une analyse préliminaire. Ensuite, et seulement si ladite analyse préliminaire mettait en évidence un impact réglementaire significatif, une analyse plus approfondie devrait être envisagée. Ce mécanisme dualiste présente selon nous deux grands avantages.

D'une part, il permet aux ministères, qui sont en fin de compte ceux qui se chargent de l'ensemble du processus pré législatif, de prendre part au processus de qualité réglementaire. Il est essentiel que les fonctionnaires ministériels prennent conscience de l'importance que revêt la qualité de la réglementation et du rôle incontestable qu'ils peuvent eux-mêmes jouer en la matière.

D'autre part, il permet des économies en termes de coûts car, en ciblant les projets dépourvus d'impact (ou de faible impact), l'utilisation des ressources disponibles de l'organisme chargé d'assurer la qualité réglementaire n'en est que plus efficace.

5.4.2. RECOMMANDATIONS

- Il convient de distinguer une analyse initiale d'une analyse de fond, cette dernière étant réservée aux cas où il ressortirait de l'analyse initiale un impact moyen ou élevé.
- La première serait réalisée par les ministères concernés, conformément aux lignes directrices et sous le contrôle du Bureau de la qualité législative, et la seconde par le Bureau de la qualité lui-même.

5.5. L'APPLICATION DE L'ANALYSE D'IMPACT À LA RÉGLEMENTATION EXISTANTE COMME À LA NOUVELLE RÉGLEMENTATION

La mise en œuvre d'un système d'AIR doit concerner aussi bien la nouvelle réglementation que celle déjà en vigueur. En effet, il semble évident que la non-application de l'AIR à la réglementation déjà existante, pas toujours exempte de dysfonctionnements, risquerait de compromettre sérieusement les avantages qu'il est possible de tirer de la mise en œuvre de l'AIR.

Il faut néanmoins tenir compte du fait que les implications constitutionnelles ne sont pas les mêmes. Le contrôle de la qualité des réglementations en phase de création diffère en effet complètement de celui des réglementations déjà en vigueur (particulièrement les lois) – surtout lorsque le manque de qualité peut être le motif de son inconstitutionnalité⁴⁶.

À l'instar des analyses d'impact concernant les nouvelles réglementations, il est recommandé de limiter les analyses de réglementations déjà en vigueur à certains secteurs, dont l'importance sociale et économique est majeure⁴⁷. Cela pourrait même supposer l'élimination complète de certains secteurs de réglementation, comme cela a déjà été le cas en Suède.

5.6. LA PUBLICITÉ DU RAPPORT D'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

La publicité est la clé de voûte du système d'AIR. Le rapport de l'analyse d'impact de la réglementation étudiée doit être porté à la connaissance du public et doit être facilement accessible. La transparence est un prérequis indispensable au bon fonctionnement du système car elle permet à toutes les parties intéressées de bien saisir l'objectif et la finalité de la réglementation en question. Il est ainsi possible de conduire une analyse *ex -post* rigoureuse afin de voir si les résultats escomptés sont ceux réellement obtenus avec la réglementation.

46 Cf. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Calidad de la ley y calidad del control de la ley*, Derecho privado y Constitución, n° 17, enero-diciembre 2003.

47 Il existe également un autre problème : celui du volume de nouvelle législation à analyser par unité de temps. Dans ce sens, le volume normatif est fortement élevé aux États-Unis en fin de mandat présidentiel et la qualité du contrôle de la réglementation s'en ressent. Cf. BRITO, Jerry et DE RUGY, Véronique; *Midnight Regulations and Regulatory Review*, George Mason University, working paper 08-34, septembre 2008 (accessible sur <http://ssrn.com/abstract=1272078>).

**CHAPITRE 6.
DES EXEMPLES DE L'ANALYSE D'IMPACT
RÉGLEMENTAIRE 'EX-POST'**

**María Bahnini
Docteur en Droit et conseil juridique**

6.1. INTRODUCTION

A titre d'exemple, nous procéderons à une analyse d'impact normatif ex-post des lois suivantes :

- 1) La loi relative à la gestion déléguée car de nombreuses entreprises espagnoles s'impliquent dans ce processus et répondent aux appels d'offres. Les exemples les plus récents dans lesquels des entreprises espagnoles se sont impliquées sont notamment :
 - La délégation de gestion des transports urbains de l'agglomération Rabat-Salé.
 - La délégation de gestion des polycliniques de la Caisse nationale de Sécurité Sociale (CNSS) à laquelle le groupement espagnol USP Hospitales a répondu.
- 2) La loi relative à l'arbitrage et à la médiation car, offrant un mode alternatif de règlement des conflits aux tribunaux de commerce, elle intéresse l'ensemble des investisseurs et particulièrement les investisseurs étrangers.
- 3) La loi relative à la Société anonyme telle quelle a été modifiée par la loi n° 1-08-18 du 23 mai 2008.

6.2. LA LOI SUR LA GESTION DÉLÉGUÉE

La loi n° 54-05 publiée au BO du 16 mars 2006 relative à la gestion déléguée de service public vient fixer des normes pour la gestion déléguée de service public qui est de plus en plus pratiquée au Maroc. Jusque là, la gestion déléguée de service public avait un fondement strictement conventionnel, s'appuyant sur les grands principes de droit administratif relatifs aux services publics, à savoir :

- La continuité du service public.
- L'égalité des usagers devant le service public.
- L'adaptation du service public aux évolutions technologiques, économiques et sociales.

La loi ne vient pas bouleverser les usages contractuels suivis depuis quelques années, mais vient, de façon opportune, encadrer les clauses minimales du contrat de délégation de gestion et préciser certains points qui faisaient l'objet de négociation au cas par cas, et étaient par conséquent, peu prévisibles. Nous pouvons citer à titre d'exemple le régime comptable des biens donnés en gestion déléguée, ou la possibilité d'hypothéquer les biens de retour. La loi apporte donc une visibilité et une prévisibilité certaines, en matière de délégation de gestion.

6.2.1. DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI

Cette loi s'applique aux contrats de gestion déléguée de services et/ou d'ouvrages publics passés :

- Par les collectivités locales ou leurs groupements.
- Et par les établissements publics.

En conséquence, quel que soit le délégant, collectivités locales ou leur groupement, ou un établissement public, les dispositions de cette loi s'appliquent forcément.

Aux termes de l'article 2 de la loi, la gestion déléguée peut porter sur :

- La réalisation et/ou la gestion d'un ouvrage public concourant à l'exercice du service public délégué et c'est une concession intégrale.
- La gestion du service public et nous sommes dans le cas d'une délégation de gestion de service public.

La loi laisse le délégant très libre de fixer le régime juridique de la délégation de gestion. Elle reste très neutre sur le montage juridique, à condition que, dans le contrat final, le service concédé garde sa nature et reste un service public (article 3).

6.2.2. LE CHOIX DU DÉLÉGATAIRE

Le délégataire peut être une personne morale de droit public ou privé, nationale ou étrangère. La loi n'impose pas une préférence nationale.

La loi, contrairement aux pratiques précédentes de passation des contrats de gré à gré, impose au Délégant, sauf exceptions limitativement énumérées à l'article 6, de faire appel à la concurrence en vue d'assurer l'égalité des candidats, l'objectivité des critères de sélection, la transparence des opérations et l'impartialité des décisions. (article 5)

Les formes et modalités d'établissement des documents d'appel à la concurrence sont fixées par le gouvernement pour les collectivités locales et par le conseil d'administration ou l'organe délibérant pour les établissements publics.

Cette clause laisse au délégant, quel qu'il soit, une grande liberté pour établir le calendrier de l'appel d'offres, les critères de sélection du candidat et les grilles de notation qui seront utilisées pour évaluer les offres. Rien dans la loi n'impose au délégant de choisir le mieux disant par une pondération obligatoire des références du soumissionnaire, des termes du dossier technique et de l'offre financière. Par conséquent, rien n'interdit donc au délégant de privilégier dans sa notation le montant de la redevance qu'il percevra même si la qualité du service

devait en souffrir ou de sélectionner l'offre la plus disante si les seuls critères de sélection portent sur la qualité du service sans tenir compte de son coût, au détriment des usagers.

Même si l'article 3 alinéa 2 dispose que « le délégataire assure ses prestations au moindre coût et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité et de protection pour l'environnement », le fait de ne pas poser les principes de notation des offres laisse une grande place à la subjectivité. Il serait peut-être nécessaire de préciser ces points pour assurer une plus grande transparence dans le choix du délégataire.

Par ailleurs, il serait nécessaire d'encadrer également dans des délais fermes, le processus du choix d'un délégataire. Certains appels d'offres ont une durée très longue, quelquefois plus d'une année, avant que le délégant n'effectue son choix. D'une part, les soumissionnaires, tenus par leur offre, sont dans l'incertitude pendant de longs mois et parfois ne soumissionnent pas à d'autres marchés en attendant la réponse du délégant, ce qui constitue pour eux un préjudice non négligeable. D'autre part, sur une durée aussi longue, les conditions économiques générales changent parfois de façon significative et les soumissionnaires ne peuvent modifier les conditions notamment financières de leur offre, ce qui leur cause, un préjudice additionnel. On peut citer pour exemple, le très long processus de délégation de gestion des transports urbains de Rabat pendant que le prix du pétrole s'envolait.

6.2.3. L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DU CONTRAT DE GESTION DÉLÉGUÉE

a) Le contrat type

Des contrats types peuvent être établis par le gouvernement qui fixe également la liste des clauses obligatoires du contrat ainsi que les modalités de son approbation et de son visa, lorsque le délégant est une collectivité locale (article 12 de la loi).

En l'espèce, le recours à un contrat-type ne nous semble pas approprié. La délégation de gestion d'une ligne de tramway ou celle relative à la distribution d'eau et d'électricité, même si elles sont régies par des principes communs, doivent faire l'objet d'un contrat spécifique, extrêmement ajusté aux nécessités du service donné en délégation de gestion. Les grands principes sont posés par la loi, faire un contrat type revient à reprendre exclusivement le plus petit dénominateur commun de toutes les délégations de gestion. Ceci ce est déjà fait dans la loi et constituerait donc une redondance inutile.

b) La durée

La loi ne prévoit pas de durée maximale de la gestion déléguée, laissant cela à la libre appréciation du délégant. Cette disposition est tout à fait justifiée car il est difficile de fixer une durée homogène à toutes les délégations de gestion, quel

que soit le secteur concerné. Cependant, la loi impose que la durée du contrat soit limitée dans le temps et tienne compte de la nature des prestations demandées et de la durée normale de l'amortissement de l'investissement engagé par le délégataire. (article 13)

Le contrat ne peut être prorogé que de façon exceptionnelle et uniquement en cas d'extension de la prestation initiale.

Cette prorogation ne peut intervenir qu'une seule fois et être faite par avenant au contrat initial.

c) Les éléments du contrat

Le contrat de gestion déléguée est composé, par ordre de primauté de :

- La convention.
- Du cahier des charges.
- Des annexes.

Le contrat de gestion déléguée peut intégrer le cahier des charges.

L'offre du délégataire peut également être jointe au contrat en tant que document annexe si elle a été acceptée telle quelle. En revanche, si en cours de négociations, elle a été amendée ou modifiée, elle doit faire l'objet d'avenants avant d'être annexée au contrat.

Le contrat doit prévoir des clauses de rendez-vous, pour permettre aux deux parties d'examiner, régulièrement l'état d'exécution du contrat. La délégation de gestion étant en principe conclue pour une longue durée, les clauses de rendez-vous, sans que cela puisse être un nouveau round de négociations, permettent à chacune des parties de faire part à l'autre de ses observations sur la gestion déléguée et de réajuster le contrat en tant que de besoin (article 19), toujours dans le respect de l'équilibre financier de la convention et des droits des usagers.

d) Le régime comptable de la délégation de gestion

La loi ramène également sous un régime comptable unique les biens de la délégation (article 15) levant par là, un certain nombre d'interrogations et de doutes, auxquels étaient confrontés les délégataires et pour lesquels il était difficile d'apporter une réponse claire et définitive, puisque ce problème était traité au cas par cas. Les délégataires savent maintenant, de façon certaine et grâce à cet article, le régime comptable qui leur sera applicable.

e) La fin de la délégation de gestion

Le contrat doit comporter des dispositions relatives à sa fin « normale » et à sa fin anticipée. La délégation de gestion étant un contrat de longue durée, il est normal de prévoir des clauses de fin anticipée. L'article 10 de la loi les précise de façon non limitative. Il s'agit notamment des cas suivants :

- Rachat de la gestion déléguée par le délégant après une certaine période.
- Déchéance du délégataire en cas de faute grave du délégataire.
- Résiliation du contrat en cas de faute grave du délégataire.
- Résiliation du contrat en cas de force majeure.

Ce qui est remarquable dans cet article est que la loi n'envisage que des cas de résiliation à l'initiative du délégant. Elle ne prévoit explicitement aucun cas de résiliation à l'initiative du délégataire et/ou pour défaillance du délégant ce qui n'est pas à exclure. On peut retenir comme cas possible, des investissements que le délégant s'était engagé à faire et qu'il n'a pas réalisés ou des augmentations de tarifs nécessaires et qu'il n'a pas autorisés. Il est donc impératif de prévoir ces cas - là dans la convention de gestion déléguée. Il est nécessaire aussi de définir de façon très précise, dans la convention de gestion déléguée ce que l'on entend par « force majeure ». La force majeure ayant un contenu jurisprudentiel, et les jurisprudences variant par définition d'un pays à l'autre, il est nécessaire que les deux parties en aient la même perception pour éviter des contentieux ultérieurs.

f) Le règlement des litiges

Le contrat doit prévoir les procédures de règlement des litiges, soit par voie judiciaire soit par voie arbitrale, avec une procédure de conciliation préalable et obligatoire. (article 9)

L'arbitrage sera traité à la suite de la délégation de gestion. En revanche, il est intéressant de se pencher sur la voie judiciaire car, en matière de gestion déléguée, il est nécessaire de clarifier quel tribunal est compétent : le délégant étant une personne morale de droit public et le délégataire, une personne morale de droit privé.

Si on fait appel aux grands principes du droit un recours du délégant introduit contre le délégataire devrait l'être devant le tribunal de commerce, le délégataire étant une société commerciale, dans la majeure partie des cas. Si le recours est fait par le délégataire contre le délégant, il devrait l'être devant les tribunaux administratifs.

En revanche, si on admet que le service public concédé reste un service public et que la nature publique et d'intérêt général du service est supérieure à la forme juridique du délégataire, puisqu'elle entraîne en général un transfert de puissance publique du délégant au délégataire, une occupation du domaine public et la réalisation de travaux publics, alors seul le tribunal administratif est compétent et ce, dans tous les cas.

La jurisprudence marocaine est fluctuante en l'espèce et la Cour Suprême n'a pas rendu d'avis tranché sur le sujet. Il aurait peut-être été nécessaire que la loi clarifie ce point en indiquant quel tribunal était seul compétent en matière de délégation de gestion de service public en tous cas dans les rapports entre délégant et délégataire.

6.2.4. LES DROITS ET OBLIGATIONS DU DÉLÉGATAIRE

a) Les droits du délégataire

1) L'équilibre financier du contrat

Le Délégataire a droit à l'équilibre financier du contrat pendant toute sa durée, (article 4). Le contrat étant un contrat de longue durée, cette clause est apparemment très protectrice des délégataires en ce sens qu'elle permet une renégociation des termes économiques et financiers du contrat si ceux-ci venaient à se dégrader au cours de la délégation de gestion. La loi ne précise malheureusement pas ce qu'on entend par équilibre financier du contrat et laisse donc place à des contentieux ultérieurs entre délégant et délégataire, sur la notion même d'équilibre financier du contrat.

2) Intuitu personae et sous traitance

Par ailleurs, même si la loi dans son article 11 précise que le contrat de gestion est conclu à raison des qualités personnelles du délégataire, celui-ci, peut, à certaines conditions, sous-traiter une partie accessoire de ses obligations. (article 21) La loi précise également que le délégataire demeure personnellement responsable envers le délégant et les tiers de l'accomplissement de toutes les obligations que lui impose le contrat de gestion déléguée.

Cette règle est une application du droit commun de la responsabilité et reprend simplement l'article 925 du DOC qui dispose « Les actes valablement accomplis par le mandataire au nom du mandant et dans la limite de ses pouvoirs, produisent leur effet en faveur du mandant et contre lui, comme s'ils avaient été accomplis par le mandant lui-même. »

3) Constatation des infractions

Le délégataire peut, par l'intermédiaire d'agents assermentés constater les infractions commises par les usagers. (article 22) Ceci est une prérogative de puissance publique transférée du délégant au délégataire pour les besoins du service public. Cette disposition permet au délégataire de suspendre le service (Eau et électricité) et/ou d'appliquer des pénalités au cas où l'utilisateur ne respecterait pas ses engagements contractuels sans qu'il y ait besoin de plus amples formalités qu'une ou plusieurs mises en demeure ou de la constatation de l'infraction par les agents assermentés.

4) Prérogatives de puissance publique

Puisque le service délégué est un service public, le délégataire est en même temps investi des prérogatives de puissance publique qui appartiennent au délégant. Outre l'hypothèse invoquée au paragraphe précédent, le délégataire peut obtenir un droit d'occupation du domaine public attaché au service

délégué, pour toute la durée du contrat. (article 23) Il peut également avoir un droit d'expropriation dans les conditions définies par la loi n° 7-81 du 6 mai 1982 relative à l'expropriation, lorsque l'intérêt du service public l'exige. Les travaux qu'il peut faire peuvent également avoir la nature de travaux publics, s'ils sont effectués sur le domaine public (autoroutes, construction de voiries etc.)

5) Possibilité d'hypothéquer les biens de retour

La loi autorise, dans certains cas, le délégataire à hypothéquer les biens de retour en garantie des dettes qu'il aurait contractées. Cette autorisation n'est pas totale. Elle ne concerne que les contrats de gestion déléguée qui sont passés par les établissements publics et, en aucun cas, ceux passés par les collectivités locales. De plus, cette possibilité qui n'est pas automatique, doit être prévue dans le contrat de délégation de gestion.

Cette disposition légale a été prise à la suite de doléances de délégataires de service public qui avaient du mal à trouver des financements sur le marché marocain et devaient pour les garantir, faire appel à leur société mère ou à leurs actionnaires. Cette disposition légale est donc venue combler un vide. Bien évidemment elle ne peut s'appliquer aux biens de retour des contrats de délégation de gestion passés par les collectivités locales, puisque ces biens, par définition, font partie du domaine public et ne peuvent par conséquent, ni être aliénés ni être donnés en garantie.

Toutefois, la loi aurait du être restrictive et n'ouvrir la possibilité de constituer une hypothèque sur les biens de retour de la délégation de gestion que pour garantir le financement des investissements de la gestion déléguée. Cette imprécision de la loi ouvre la possibilité au délégataire, dès lors qu'elle inscrite dans le contrat de gestion déléguée, d'hypothéquer les biens de retour sans restriction aucune y compris pour financer des activités étrangères à la délégation de gestion. Cette clause gagnerait à être plus et mieux encadrée.

6) Indemnisation

Si la loi ne permet pas explicitement au délégataire de résilier le contrat en cas de manquement du délégant à ses obligations contractuelles, en revanche, elle lui donne expressément le droit d'obtenir une indemnisation, dont le principe et les modalités sont fixés dans le contrat, dans les cas où le délégant ne remplit pas ses obligations contractuelles, ou résilie le contrat pour une raison non imputable au délégataire. (article 32 alinéa 3). Cette clause reprend un des grands principes du droit des obligations et contrats inscrit dans la législation marocaine à l'article 261 du dahir des obligations et contrats qui dispose que « L'obligation de faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution ».

b) Les obligations du délégataire

1) La gestion à ses risques et périls

Le délégataire gère le service à ses risques et périls (article 24). Ce principe est un principe fondamental de la délégation de gestion. Cette clause, par là même, interdit au délégant toute immixtion dans la gestion du service public délégué. Le délégataire jouit d'une grande liberté de gestion sous réserve du respect de la convention de gestion et du cahier des charges y afférent et du pouvoir de contrôle du délégant. Le délégataire est seul responsable du service public délégué sans que la responsabilité du délégant puisse être recherché, sauf si celui-ci n'a pas exercé le contrôle qui lui incombe au titre de la gestion déléguée et qu'il n'a pas obligé le délégataire à respecter ses obligations.

2) Constitution en société marocaine

Cette disposition concerne uniquement les délégataires qui ne sont pas marocains. Le délégataire doit se constituer en société de droit marocain, ayant pour objet principal, la gestion du service public. La loi ne lui accorde la possibilité d'exercer des activités connexes qu'à titre accessoire et exclusivement lorsque ces activités connexes sont nécessaires aux usagers ou, susceptibles de contribuer à une meilleure prestation. Ces activités connexes ne peuvent se faire qu'avec l'autorisation du délégant (article 25) et, sous son contrôle.

Cet article est moins clair qu'il n'y paraît au premier abord et pose, dans la pratique, des problèmes sérieux liés à la définition du délégataire.

Si l'on considère que le délégataire est la société de droit marocain, rien dans le texte de loi n'interdit à « l'adjudicataire » de la gestion déléguée, société ou consortium de sociétés de créer une ou plusieurs autres sociétés au Maroc qui pourraient avoir des activités complémentaires ou même concurrentes avec la délégation de gestion.

En revanche, cet article reprendrait toute sa signification si l'on considérait que le délégataire est la société ou le consortium de sociétés qui a répondu à l'appel d'offre.

Le texte de la loi n'est pas précis à ce sujet puisque dans l'article 25 alinéa 1 il dispose : « Tout délégataire doit se constituer en société régie par le droit marocain. » La loi ne précise pas explicitement que cette société de droit marocain se substitue à l'adjudicataire dans l'ensemble des droits et obligations. La loi reprend dans l'alinéa 3 : « La société délégataire doit avoir pour objet exclusif la gestion du service public » sans apporter une définition précise de l'expression « la société délégataire ». La loi gagnerait à être clarifiée sur ce point en précisant : « Le délégataire ou toute société de droit marocain qu'il se substituerait doit avoir pour objet exclusif la gestion du service public tel que défini dans la convention de délégation de gestion ».

3) Reprise du personnel du délégant

La loi dispose que « Sauf clause contraire du contrat de gestion déléguée, le délégataire doit reprendre le personnel relevant du service délégué, avec maintien des droits acquis. (article 26) Cette clause de protection du personnel du délégant peut poser problème lorsque le personnel employé est pléthorique ou insuffisamment qualifié et mettre obstacle à la mise en délégation de gestion du service public.

Dans la plupart des cas, le délégant met lui-même en œuvre un plan de départs volontaires lorsqu'il l'estime nécessaire. Il peut également autoriser le délégataire à ne reprendre, que partiellement, le personnel dans la convention de délégation de gestion, quitte à le redéployer sur d'autres sites ou d'autres services.

La loi laisse aussi au délégataire la possibilité d'effectuer des ajustements significatifs des effectifs dudit personnel, à condition que le niveau et les modalités de ces réajustements figurent dans la convention, le tout sous respect de la législation sociale en vigueur.

En réalité, la loi laisse au délégant et au délégataire toute latitude pour décider au mieux de la gestion du personnel.

Publicité

La loi décide que tout le processus de délégation de gestion doit, à tous les stades, être accompagné de publicité.

La procédure de passation du contrat de gestion déléguée doit faire l'objet d'une publicité préalable (article 5 alinéa 2).

Un extrait du contrat de gestion déléguée est publié au Bulletin officiel pour les établissements publics et au bulletin officiel des collectivités locales pour les collectivités locales et leurs groupements. Cet extrait comporte le nom et la qualité des contractants ainsi que l'objet, la durée, la consistance de la délégation ainsi que les clauses concernant les usagers. (article 14)

On peut se demander légitimement quelle est l'utilité de cette publicité à partir du moment où elle n'est que partielle et ne reprend, en réalité, que des informations déjà publiées, dans la plupart des cas, lors de la procédure d'appel d'offres (consistance, durée). Quant aux clauses concernant les usagers, on peut tout aussi légitimement considérer que toutes les clauses du contrat concernent les usagers puisqu'elles concourent toutes à définir les modalités d'exécution et le prix du service public concédé, au bénéfice des usagers.

Pour une transparence absolue, le contrat de délégation de gestion devrait, à notre sens, être publié dans son intégralité.

Le délégataire doit publier, dans un journal d'annonces légales, dans les six mois de la clôture d'un exercice social, les états de synthèses et le rapport des commissaires aux comptes. Ces documents doivent également être à la disposition du public au siège du délégant et du délégataire, le tout sous peine de sanctions. (article 31)

6.2.5. LES DROITS ET OBLIGATIONS DU DÉLÉGANT

Les droits du délégant constituent pour lui et en même temps, des obligations.

Le délégant a le droit et le devoir de contrôler la gestion du délégataire ainsi que sa politique tarifaire. Ces droits et obligations sont liés à la nature même du service concédé qui est un service public, donc un service d'intérêt général.

a) Contrôle de gestion

Le délégant, contrôle la gestion du délégataire (article 17). Ce contrôle est un contrôle permanent, général, économique, financier, technique et de gestion. Le délégataire encourt des sanctions qui doivent être prévues dans le contrat, en cas d'entrave à l'exercice de ce contrôle. Toutefois ce contrôle doit rester un contrôle et non une immixtion dans la gestion, car le délégataire gère le service à ses risques et périls et doit être totalement libre de ses décisions et de son mode de gestion. Ce contrôle ne doit donc pas être un contrôle d'opportunité mais un simple contrôle de conformité aux dispositions de la convention de délégation de gestion et du cahier des charges y afférent.

Le délégant assure également le suivi de la gestion déléguée. (article 18) et doit prendre les mesures nécessaires pour sa bonne exécution, notamment en matière tarifaire. (article 20)

b) Contrôle des tarifs

Les tarifs appliqués aux usagers sont la clé de voûte du contrat de délégation de gestion, son point nodal. Les tarifs pratiqués par le délégataire conditionnent tout à la fois l'équilibre financier du contrat et la satisfaction des usagers. Si le délégant doit avoir, pendant toute la durée de la délégation, le contrôle des tarifs appliqués par le délégataire, celui-ci doit pouvoir les réajuster en fonction de critères et selon des modalités très précisément définis dans le contrat. Les conditions d'évolution et les règles d'ajustement, de modification ou d'ajustement des tarifs, doivent être très précisément fixées dans le contrat. (article 29)

Le délégant peut prendre des sanctions à l'encontre du délégataire en cas de manquements à ses obligations contractuelles (article 32) tout comme le délégataire a droit à des indemnités en cas de manquements du délégant à ses obligations contractuelles.

6.3. LA LOI SUR L'ARBITRAGE ET LA MÉDIATION

La loi relative à l'arbitrage et à la médiation au Maroc, promulguée le 6 décembre 2007 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile constitue une nette amélioration par rapport aux dispositions précédentes.

La loi fixe les grands principes de l'arbitrage national et international et quelques règles de procédure. Elle est, à quelques exceptions près, conforme aux règlements internationaux en matière d'arbitrage, notamment à celui de la CNUDCI.

Elle introduit également, dans le droit positif marocain, la médiation qui existait sous sa forme judiciaire dans des textes épars, notamment celui, relatif au redressement et à la liquidation judiciaires.

Néanmoins, malgré le progrès qu'elle constitue, la loi reste perfectible et appelle les commentaires suivants :

6.3.1. LA FORME

a) Un code autonome

La loi a été intégrée au code de procédure civile. Cette option, outre le fait qu'elle complique la numérotation des articles, pourrait conduire à diluer l'arbitrage et la médiation dans la procédure judiciaire alors qu'ils constituent justement, par rapport aux procédures judiciaires, une voie alternative de règlement des conflits. Il nous aurait semblé plus judicieux d'en faire un code séparé et autonome, d'autant que la loi sur l'arbitrage et la médiation inclut des procédures ad hoc, qui, par définition, lui sont spécifiques.

b) Une rédaction rigoureuse

Si loi est, dans l'ensemble, bien structurée sa rédaction aurait gagnée à être plus rigoureuse. Pour cela, il aurait fallu, pour améliorer la qualité de la loi, compléter les définitions, notamment celles de l'arbitrage national et international comme nous le verrons par la suite et regrouper tous les articles traitant de la récusation, à la suite les uns des autres. Les articles 323 et 324 auraient du être suivis par les articles 327-7 et 327- 8 alinéa 2 qui traitent également de la récusation.

6.3.2. LE FOND

a) L'arbitrage interne

Définition

La loi ne définit pas ce qu'elle entend par arbitrage interne alors qu'elle définit ce qu'elle entend par arbitrage international qui est celui « qui met en cause des intérêts du commerce international et, dont l'une des parties au moins a son domicile ou son siège social à l'étranger.

Un arbitrage est international si :

- 1) Les parties à la convention d'arbitrage ont au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des états différents.

- 2) Ou un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :
 - a) Le lieu de l'arbitrage s'il est stipulé dans la convention ou déterminé en vertu de cette convention.
 - b) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit »

A contrario, on peut donc en déduire que l'arbitrage interne concerne des parties qui ont toutes deux leur siège social au Maroc et qui conviennent que le lieu d'arbitrage sera le Maroc. Il eut été préférable que, dans un parallélisme des formes, l'arbitrage interne soit défini tout comme l'arbitrage international.

La caducité du compromis d'arbitrage

L'article 315 qui définit les éléments de validité du compromis d'arbitrage dispose in fine que « le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée ».

Cette clause paraît aller à l'encontre de la volonté des parties. Dès lors que les parties conviennent de soumettre leur différend à arbitrage, le désistement d'un arbitre ne peut pas suffire à annuler la volonté déclarée des parties. Le désistement d'un arbitre pressenti doit conduire simplement à en nommer un autre, de commun accord. La loi gagnerait à être amendée sur ce point.

Le contrôle du procureur du roi sur les arbitres

L'article 321 nouveau du code de procédure civile dispose que « les personnes physiques qui « habituellement ou par profession, exercent des missions d'arbitre, soit de manière individuelle, soit au sein d'une personne morale dont l'arbitrage est l'un de ses objets sociaux doivent en faire la déclaration auprès du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle elles résident ou dans le ressort de laquelle se trouve le siège social de la personne morale.

Après examen de leur situation, le procureur général délivre un récépissé de la déclaration et inscrit les intéressés sur une liste d'arbitre près la cour d'appel.»

Qu'entend la loi par l'expression « après examen de leur situation ». Est ce un simple contrôle de moralité tel que celui-ci est défini à l'article 320 à savoir qu'un arbitre doit être « une personne physique en pleine capacité et n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation devenue définitive pour des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ou le privant de la capacité d'exercer le commerce ou de l'un de ses droits civils » ou est ce un contrôle de compétence ?

En vertu de quels critères cet examen devrait être effectué ?

La loi est malheureusement silencieuse sur ce point et donne, par conséquent au procureur, un pouvoir exorbitant qui pourrait être exercé de façon arbitraire.

Par ailleurs, ce pouvoir de contrôle du procureur sur la nomination des arbitres nous paraît infondé. Il constitue un contrôle qui devrait, en principe, être exercé par les institutions et les centres d'arbitrage. Chaque institution devra fixer de façon précise les critères de sélection des arbitres. C'est la qualité de ses arbitres qui fera la réputation d'une institution d'arbitrage et elle exercera, de façon certaine, un contrôle rigoureux tant sur la moralité et l'éthique de ses arbitres, que sur leurs compétences professionnelles.

La récusation d'un arbitre

La loi définit un nombre de cas limitativement énumérés pour lesquels un arbitre peut être récusé. Cette liste est précisée à l'article 323.

«Un arbitre peut être récusé quand :

- 1. Il a fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'un des faits énumérés à l'article 320 ci-dessus.*
- 2. Il a ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants un intérêt personnel direct ou indirect à la contestation.*
- 3. Il y a parenté ou alliance entre l'arbitre ou son conjoint et l'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement.*
- 4. Il y a procès en cours ou quand il y a eu procès terminé depuis moins de deux ans entre l'une des parties et l'arbitre ou son conjoint ou leurs ascendants ou descendants.*
- 5. Il est créancier ou débiteur de l'une des parties.*
- 6. Il a précédemment plaidé ou postulé ou déposé comme témoin sur le différend.*
- 7. Il y a dû agir comme représentant légal de l'une des parties.*
- 8. Il existe un lien de subordination entre l'arbitre ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants et l'une des parties ou son conjoint ou ses ascendants ou descendants.*
- 9. Il y a amitié ou inimitié notoire entre l'arbitre et l'une des parties. »*

Il serait nécessaire de prévoir, en cas de récusation, la procédure de nomination du nouvel arbitre. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI donne à cet égard, dans les articles 11 et 12 des solutions intéressantes qui pourraient aisément être reprises.

« Article 11

- 1. Toute partie qui souhaite récuser un arbitre doit notifier sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 9 et 10.*

2. La récusation est notifiée à l'autre partie, à l'arbitre récusé et aux autres membres du tribunal arbitral. La notification se fait par écrit et doit être motivée.
3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, l'autre partie peut accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas reconnaissance des motifs de la récusation. Dans ces deux cas, la procédure prévue aux articles 6 ou 7 est appliquée à la nomination du remplaçant même si une partie n'a pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre récusé.

Article 12

1. Si la récusation n'est pas acceptée par l'autre partie et que l'arbitre récusé ne se déporte pas, la décision relative à la récusation est prise:
 - (a) si la nomination initiale a été faite par une autorité de nomination - par ladite autorité;
 - (b) si la nomination initiale n'a pas été faite par une autorité de nomination mais qu'une telle autorité a été désignée antérieurement - par ladite autorité;
 - (c) dans tous les autres cas, par l'autorité de nomination qui doit être désignée conformément à la procédure de désignation d'une autorité de nomination prévue à l'article 6.
2. Si l'autorité de nomination admet la récusation, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure applicable à la nomination ou au choix des arbitres qui est prévue aux articles 6 à 9; toutefois, dans le cas où cette procédure implique la désignation d'une autorité de nomination, la nomination de l'arbitre est faite par l'autorité de nomination qui s'est prononcée sur la récusation. »

L'incompétence des tribunaux en cas de clause d'arbitrage

L'article 327 dispose :

« Lorsqu'un litige soumis à un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction, celle-ci doit, lorsque le défendeur en fait la requête avant de statuer sur le fond, prononcer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure d'arbitrage ou annulation de la convention d'arbitrage .

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction, à la demande du défendeur, doit également déclarer l'irrecevabilité, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Le défendeur doit en faire la requête avant que la juridiction ne statue sur le fond. Celle -ci ne peut, dans les deux cas déclarer d'office l'irrecevabilité.

Lorsque la juridiction est saisie d'une action visée à l'alinéa un et deux ci-dessus, la procédure d'arbitrage peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que la juridiction ait statué. »

Contrairement aux dispositions de l'article 327 alinéa 3 in fine, la juridiction devrait à notre sens, se reconnaître incompétente d'office dès qu'elle a connaissance de la clause d'arbitrage, sans attendre que la demande en soit faite par le défendeur. Ignorer la clause d'arbitrage revient à ignorer la volonté des parties. Dès lors que la clause d'arbitrage est valable et valide, celle-ci doit être automatiquement appliquée et c'est le rôle du juge que de la faire appliquer.

L'article 327 dernier alinéa dispose : « Lorsque la juridiction est saisie d'une action (judiciaire) visée à l'alinéa 1 et 2 ci-dessus, la procédure d'arbitrage peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que la juridiction ait statué ».

Le dernier alinéa de cet article vide la sentence arbitrale de toute substance. Si la sentence est rendue, elle n'est pas exécutoire puisque cet article prévoit qu'il faut attendre que la juridiction ait statué. Que se passe-t-il si les deux décisions, arbitrale et judiciaire sont contradictoires ? Cette disposition est de nature à créer des conflits entre sentence arbitrale et sentence judiciaire alors que l'objectif même de la loi est d'offrir un mode alternatif de règlement des différends, aux procédures judiciaires.

La récusation d'un arbitre

Article 327.8

Qui doit statuer sur la demande de récusation ? Et à qui la demande doit-elle être présentée. Ce point essentiel a besoin d'être clarifié et précisé, puisque l'alinéa 2 précise que « seules les *difficultés* relatives à la récusation ou à la révocation des arbitres sont portées devant le président de la juridiction ... » Ce point fondamental devrait être clarifié dans la loi.

La sentence interprétative et la sentence rectificative

La loi dans l'article 327-29 dispose : « Si le tribunal arbitral ne peut de nouveau être réuni, le pouvoir de rectifier ou d'interpréter la sentence arbitrale appartient au président de la juridiction dans le ressort de laquelle est rendue la sentence arbitrale qui doit se prononcer dans un délai de trente jours par ordonnance non susceptible de recours. »

Et dans l'article 327-30 : « La demande en vue de rectifier ou d'interpréter la sentence suspend l'exécution et les délais de recours jusqu'à notification de la sentence rectificative ou interprétative.

« La sentence rendue est considérée comme partie intégrante de la sentence initiale... »

Ces articles posent une série de problèmes et viennent créer des obstacles certains et inutiles à l'exécution de la sentence arbitrale.

Le premier de ces problèmes est lié à la compétence du tribunal. L'arbitrage pouvant porter sur des litiges commerciaux, civils ou de gestion de service public, quel est le tribunal matériellement compétent ? le tribunal de première instance, le tribunal de commerce, le tribunal administratif ? La loi est silencieuse sur la compétence matérielle si elle ne l'est pas sur la compétence territoriale, puisqu'elle précise qu'il s'agit du tribunal dans le ressort duquel a été rendue la sentence. Ce silence de la loi risque d'ouvrir la voie à des conflits de compétence qu'il serait judiciaire d'éviter par une précision légale nécessaire. Ce vide législatif risque également d'entraîner des délais dans l'exécution de la sentence arbitrale.

Par ailleurs, le pouvoir de rectifier ou d'interpréter la sentence arbitrale ne doit pas appartenir au président de la juridiction territorialement compétente. Cette disposition vide l'arbitrage de sa substance car elle réintroduit le pouvoir judiciaire dans une sentence arbitrale de façon affirmée car l'ordonnance du président de la juridiction peut non seulement interpréter mais également et cela est plus préoccupant, rectifier la sentence arbitrale, sans être susceptible de recours.

La solution adoptée par la CNUDCI nous semble, et de loin préférable puisqu'elle décide, en matière d'interprétation et de rectification de la sentence que :

« Article 35

- 1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation.*
- 2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence, et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 lui sont applicables.*

Article 36

- 1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence aux parties, faire ces rectifications de sa propre initiative.*
- 2. Ces rectifications sont faites par écrit et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 sont leur applicables.*

Article 37

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais omis dans la sentence.
2. Si le tribunal arbitral juge la demande justifiée et estime que l'omission peut être rectifiée sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves, il complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande... »

Exequatur et recours contre la sentence arbitrale

L'article 327-33 dispose : « L'ordonnance qui refuse l'exequatur doit être motivée » Cet article est trop ouvert et donne de nouveau un grand pouvoir d'appréciation et une grande latitude au juge. Une ordonnance du président de la juridiction saisie ne devrait pouvoir refuser l'exequatur que dans des cas qui devraient être limitativement énumérés par la loi.

L'article 327. 36 ouvre un recours contre les sentences arbitrales dans les cas limitativement énumérés dont les cas suivants :

1. Lorsque les droits de la défense n'ont pas été respectés.
2. Si les arbitres ont dépassé leur mission ou ont failli d'une manière grave à celle-ci.

Ces deux dispositions peuvent également ouvrir la voie à de nombreux abus car ce sont deux facteurs purement subjectifs que la partie condamnée peut toujours soulever pour échapper à la sentence arbitrale, d'autant que le recours est suspensif. Il est très difficile de déterminer de façon exacte le périmètre d'une mission d'arbitrage car celle-ci doit prendre en compte le contexte général de la convention qui lui est soumise. D'autre part, des manœuvres dilatoires relatives au respect des droits de la défense peuvent toujours être introduites par la partie condamnée, pour s'exonérer de l'exécution de la sentence arbitrale. Si la cour d'appel annule la sentence arbitrale pour une des raisons subjectives invoquées ici, elle reprend la main et statue sur le fond. Une fois de plus, cette introduction du pouvoir judiciaire dans une procédure d'arbitrage vide celle-ci de sa qualité fondamentale : être un mode alternatif de règlement des différends.

Conclusion

Outre l'intrusion possible du pouvoir judiciaire à tous les stades d'une procédure d'arbitrage national qui est problématique et qui devrait être supprimée, la loi présente certaines lacunes qui mériteraient à notre sens, d'être comblées.

Elle devrait prévoir qu'en cas de vide juridique dans le corpus législatif marocain, les parties, même lorsque l'arbitrage est national, peuvent recourir à une loi étrangère qu'elles définiraient de commun accord.

Il nous semble également nécessaire de fixer, dans la loi les principes relatifs au mode et aux modalités de rémunération des arbitres, qui s'appliqueraient en cas d'absence exprimée de la volonté des parties sur ce point.

b) L'arbitrage international

Définition

L'article 327-40 définit l'arbitrage international comme étant celui « *qui met en cause les intérêts du commerce international, et dont l'une des parties au moins a son siège à l'étranger* »

Cette définition est à notre sens, très réductrice. La délégation de gestion d'un service public peut-elle être considérée comme un intérêt du commerce international » stricto sensu.

Certes non ! Et pourtant, la loi sur la délégation de gestion de service public autorise les procédures d'arbitrage international. L'expression « qui met en cause les intérêts du commerce international » devrait, à notre avis, être purement et simplement supprimée pour supprimer des conflits de loi potentiels et permettre à l'arbitrage international, de plus en plus réclamé par les investisseurs étrangers quels que soient les intérêts qu'ils ont au Maroc, de connaître le développement qu'il mérite.

Exécution de la sentence arbitrale

L'article 327-48 dispose que : « L'ordonnance qui refuse la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'appel »

Contrairement aux dispositions de cette même loi relatives à l'arbitrage national, la loi ici ne précise même pas que, l'ordonnance qui refuse la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence d'arbitrage international doit être motivée. La loi laisse au président du tribunal une totale liberté d'appréciation même si sa décision est susceptible de recours !

Cette disposition assez choquante donne au juge national un pouvoir à la fois arbitraire et conséquent et peut vider totalement l'intérêt de recourir à un arbitrage international.

L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale

L'article 327-49 de la loi dispose:

« L'appel de l'ordonnance qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

1. *Le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou après expiration du délai d'arbitrage ;*
2. *le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;*
3. *le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;*
4. *lorsque les droits de la défense n'ont pas été respectés ;*
5. *la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international ou national. »*

Il nous semble nécessaire de supprimer les numéros 3 et 4 car, comme en matière d'arbitrage national, il s'agit là aussi de facteurs purement subjectifs que la partie condamnée peut toujours soulever pour échapper à la sentence arbitrale.

6.4. LA LOI N° 1-08-18 DU 23 MAI 2008 MODIFIANT LA LOI N° 17-95 DU 3^À AOÛT 1996 RELATIVE À LA SOCIÉTÉ ANONYME

Cette loi du 23 mai 2008 entrée en vigueur le 16 juin 2008 vient opérer les ajustements qui se révélaient nécessaires après quelques années de pratique de la loi du 30 août 1996 et tenir compte d'un certain nombre de critiques qui avaient été émises à l'encontre des insuffisances de cette loi à la fois par la doctrine, par les praticiens du droit et par le patronat.

Cette loi a apporté des amendements dont les plus importants peuvent être classés sous quatre volets :

- L'assouplissement du formalisme de constitution.
- L'introduction de deux nouvelles modalités d'exercice de la direction générale.
- Le renforcement des mécanismes de contrôle.
- L'allègement de certaines sanctions pénales.

6.4.1. L'ASSOUPPLISSEMENT DU FORMALISME DE CONSTITUTION

a) Suppression de la double publicité

Les nombreuses critiques faites sur la lourdeur de la procédure de constitution d'une SA ont conduit le Législateur à l'assouplir dans le cadre de la loi modificative. En effet, la constitution de la SA était soumise à une double publicité redondante: Une avant l'immatriculation, une seconde après

l'immatriculation de la société au registre du commerce. Cette double publicité qui rallongeait inutilement la période de création de la SA et en accroissait les coûts a été supprimée. La SA n'est maintenant soumise qu'à une publicité après immatriculation par un avis inséré dans un journal d'annonces légales et au Bulletin Officiel. (article 33)

b) Suppression de la déclaration de conformité

Cette déclaration de conformité faisait partie des pièces à déposer au registre du commerce à l'appui de la demande d'immatriculation de la société. Elle était établie par les fondateurs ou les premiers organes d'administration qui y relataient toutes les opérations effectuées en vue de constituer régulièrement ladite société et par laquelle ils attestaient que cette constitution était réalisée en conformité avec la loi et les règlements.

Cette déclaration inutile a également été supprimée.

c) Suppression de l'affectation des actions détenues par les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance à la garantie de leur responsabilité

Chaque administrateur ou chaque membre du conseil de surveillance doit détenir un nombre d'actions de la société qui ne peut être inférieur à celui exigé par les statuts pour ouvrir aux actionnaires le droit d'assister à l'assemblée générale ordinaire. Jusqu'à la loi nouvelle, ces actions, frappées d'inaliénabilité étaient affectées à la garantie de la responsabilité que pouvaient encourir les dirigeants de la SA, à l'occasion de leur gestion ou même d'actes qui leur étaient personnels. Cette mesure partait d'une hypothèse de départ selon laquelle les dirigeants d'une SA étaient les actionnaires majoritaires. Ce postulat avéré dans les sociétés anonymes à caractère familial l'est beaucoup moins dans les grandes entreprises où les dirigeants sont de plus en plus souvent des technocrates dont la participation au capital peut être symbolique. Dans ces cas-là, cette garantie était totalement illusoire, les administrateurs pouvant n'avoir, à titre personnel qu'une action unique dans la société qu'ils dirigent. La loi nouvelle a tenu compte de l'évolution des modes de gestion des SA et a supprimé cette affectation en garantie des actions détenues par les dirigeants.

6.4.2. L'INTRODUCTION D'UNE NOUVELLE MODALITÉ D'EXERCICE DE LA DIRECTION GÉNÉRALE

La loi nouvelle autorise la dissociation des fonctions de président de celles de directeur général. Elle vient mettre un peu d'ordre dans une confusion de pouvoirs et de compétences qui se télescopaient entre président du conseil d'administration et conseil d'administration -organe collégial- qui détenaient des pouvoirs identiques à savoir « les pouvoirs les plus étendus pour agir au nom et pour le compte de la société ».

Tout en gardant la structure classique du conseil d'administration et de son président, la loi nouvelle permet d'assurer un meilleur équilibre des pouvoirs entre d'une part le conseil d'administration organe collégial et son président et d'autre part entre le président et le directeur général.

Dans la loi nouvelle :

- 1) Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent.
- 2) Le président du conseil a une mission limitée à un rôle d'organisation et de représentation. Il représente le conseil, le convoque, organise et dirige les travaux de celui-ci dont il rend compte à l'assemblée générale des actionnaires.
- 3) Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux assemblées et au conseil d'administration.

Les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général peuvent être exercées au choix, qui doit être précisé dans les statuts, soit par deux personnes distinctes soit par une seule et même personne qui prend le titre de président directeur général.

La loi nouvelle est venue rationaliser le partage des pouvoirs au sein de la SA et clarifier les fonctions d'administration et d'orientation stratégique des fonctions de gestion quotidienne.

6.4.3. LE RENFORCEMENT DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE

La loi nouvelle a renforcé les mécanismes de contrôle et par là même la protection et les pouvoirs des minoritaires. Les principaux changements opérés par la loi sont :

- 1) L'extension du régime des conventions réglementées aux actionnaires des sociétés anonymes lorsque ces derniers détiennent directement ou indirectement un pourcentage significatif du capital social et/ou des droits de vote. À ce titre, toute convention, passée entre une SA et un de ses actionnaires majoritaire doit être soumise à l'autorisation du conseil d'administration et à l'approbation de l'assemblée générale sans que l'actionnaire intéressé puisse prendre part au vote. Les commissaires aux comptes doivent présenter à l'assemblée générale, qui statue, un rapport spécial sur ces conventions. Le contenu de ce rapport doit être

fixé par voie réglementaire. Lorsqu'elles n'ont pas été autorisées ces conventions peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

- 2) L'autorisation donnée aux actionnaires minoritaires détenant 5% du capital contre 10% dans la loi ancienne de récuser le commissaire aux comptes. Cette possibilité de récusation du commissaire aux comptes permet aux actionnaires minoritaires de faire obstacle au choix des actionnaires majoritaires, le commissaire aux comptes étant désigné par l'assemblée générale statuant à la majorité.

La loi nouvelle instaure également, dans les articles 153 et suivants un certain nombre d'obligations supplémentaires d'informations destinées au Conseil Déontologique des Valeurs Mobilières pour les sociétés faisant appel public à l'épargne.

6.4.4. L'ALLÈGEMENT DE CERTAINES SANCTIONS PÉNALES

Lors de la promulgation de la loi du 30 août 1996, les sanctions pénales qui y figuraient avaient causé beaucoup d'émoi chez les dirigeants de sociétés anonymes qui se voyaient menacés de peines de prison et d'amendes lourdes pour des infractions parfois très légères à la législation comme un défaut de publicité. Leurs réclamations ont été entendues par le Législateur qui, pour ce qui est du dispositif pénal, n'a pas procédé à une dépenalisation des infractions relatives à la société anonyme mais plutôt à un assouplissement des sanctions pénales. Cet effort d'assouplissement s'est manifesté au niveau de la suppression de certaines peines privatives de liberté et de la réduction de moitié de certaines amendes pour des infractions bien déterminées.

En conclusion, la loi modificative relative à la SA a tenu compte des attentes des praticiens du droit, des dirigeants de société et des demandes des actionnaires minoritaires. Elle a pallié quelques insuffisances de la loi ancienne, rationalisé la gestion, augmenté le contrôle, alléger les formalités de constitution et corrigé certaines sanctions pénales ressenties par tous comme particulièrement iniques.

6.5. RECOMMANDATIONS

6.5.1. FAIRE UNE PAUSE LÉGISLATIVE

Proposer de nouveaux textes provoque une inflation législative et n'améliore pas forcément le processus judiciaire. Une pause dans la production législative est nécessaire pour permettre aux magistrats de s'appropriier les textes existants,

d'en pallier les insuffisances et d'en combler les lacunes par la jurisprudence, c'est à dire par le travail de réflexion, d'interprétation et d'application à une situation spécifique qu'ils en font. L'évolution du droit doit venir en partie de cette jurisprudence et ne pas être systématiquement imposée, in abstracto et ex nihilo, par le Gouvernement sur des rapports d'experts.

6.5.2. CONSOLIDER L'EXISTANT

Les modifications proposées aux textes analysés ci-dessus doivent être étudiées et si elles sont validées, être mises en oeuvre dans les meilleurs délais.

Ces modifications sont indispensables et attendues par tous les acteurs du monde des affaires et du monde judiciaire. Il s'agit donc d'une vraie priorité.

D'autres lois, par exemple la loi sur la concurrence ou la loi sur la propriété industrielle attendent leurs décrets d'application pour pouvoir être parfaitement intégrées dans le corpus législatif marocain et, applicables. Il s'agit aussi de vraies priorités.

En matière de procédure commerciale et pour permettre aux magistrats des tribunaux de commerce de se détacher de la procédure civile, certes un complément à la loi sur les tribunaux de commerce fixant quelques procédures ne serait pas superflu, mais des circulaires explicatives et un guide « des bonnes pratiques » se trouveraient utilement leur place dans l'ensemble des textes.

CHAPITRE 7. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Tomás Vázquez Lépinette

Docteur en Droit, professeur titulaire de Droit Commercial et avocat

María Bahnini

Docteur en Droit et conseil juridique

7.1. CONCLUSIONS

La qualité de la loi, c'est-à-dire son efficacité, est une question fondamentale au sein des états modernes, qui sont essentiellement des états régulateurs. Néanmoins, malgré l'abondante production normative de ces dernières années et malgré la vaste campagne mondiale en faveur d'un contrôle de la qualité des lois, aucun système d'analyse d'impact réglementaire n'a encore été mis en œuvre au Maroc. Il n'existe aucune procédure établie de contrôle de la qualité de la réglementation. Autrement dit, il n'existe aucun système permettant d'analyser et de mesurer les avantages, les coûts et les effets probables (économiques, sociaux, environnementaux, sur la concurrence, etc.) de la réglementation, qu'elle soit nouvelle ou déjà vigueur. Aussi les opérateurs juridiques, à savoir le législateur, le juge, le juriste, l'investisseur national ou étranger, manquent-ils de références systématiques pour être en mesure de comparer ce qui voulait être obtenu à travers la réglementation créée et ce qui en découle réellement, et d'évaluer ses coûts et ses conséquences, positives ou, comme c'est plus souvent le cas que ce que l'on pourrait croire, négatives.

La mise en œuvre d'un système d'AIR est une opportunité à saisir par le gouvernement du Maroc : il s'agit d'un instrument qui facilite le processus de décision législatif et administratif à travers l'apport de données empiriques et la création d'un cadre décisionnel rationnel qui permet d'évaluer les conséquences des décisions politiques et législatives sans jamais en prédéterminer le contenu. En d'autres termes, l'analyse d'impact réglementaire a une influence aussi bien sur le processus de réglementation que sur son résultat et favorise l'adoption de mesures plus efficaces et efficientes.

7.2. RECOMMANDATIONS

7.2.1. SUR LA STRUCTURE, LE FONDEMENT JURIDIQUE ET LE FONCTIONNEMENT DE L'ORGANE DE CONTRÔLE DE LA QUALITÉ LÉGISLATIVE

Le contrôle de la qualité est une tâche qui incombe aussi bien au pouvoir exécutif qu'au pouvoir législatif. Afin de ne pas déroger au principe de séparation des pouvoirs, deux organismes de contrôle de la qualité devraient être créés, l'un encadré par le pouvoir exécutif et l'autre par le pouvoir législatif. Nous n'évoquerons toutefois ici que le premier.

La mise en place d'un système d'AIR est une décision politique majeure à laquelle doivent prendre part les principales instances clés de la structure étatique du Maroc, à savoir : le cabinet du Premier ministre, le Secrétariat général du gouvernement, le ministère de la Justice, le ministère de l'Économie et des

Finances, les services juridiques des ministères, ainsi que le parlement et ses instances gouvernementales et juridiques.

Le siège naturel d'un organisme de contrôle de la qualité législative indépendant est celui du cabinet du Premier ministre. Le système de contrôle de la qualité législative devrait par ailleurs être réglementé par une loi et bénéficier d'un financement stable de longue durée. Parallèlement, en vue d'assurer son bon fonctionnement, l'organisme de contrôle de la qualité législative devrait être soumis au contrôle technique (et non politique) du Secrétariat général du gouvernement.

7.2.2. SUR LE CONTENU DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

En principe, l'analyse d'impact réglementaire devrait exister pour tout texte légal ou réglementaire ou, du moins, pour ceux revêtant une importance majeure pour les citoyens. Néanmoins, en raison du peu de ressources dont on dispose généralement, il est fréquent, surtout au départ, que les évaluations d'impact réglementaire soient limitées à certains secteurs sociaux ou économiques (PME, impact sur l'emploi, sur les familles les plus défavorisées, sur l'investissement international, etc.). Il est par conséquent indispensable de dicter des consignes claires en ce qui concerne les aspects et les secteurs considérés comme les plus importants sur le plan politique et pour lesquels une analyse d'impact réglementaire doit de ce fait être réalisée.

Parce qu'elles sont des instruments visant à évaluer les politiques législatives, plus tôt les analyses d'impact de la réglementation seront intégrées dans le processus de création réglementaire, plus elles seront utiles. Le processus d'analyse réglementaire doit démarrer dès la rédaction du premier avant-projet d'une réglementation.

Le système d'évaluation de l'analyse d'impact réglementaire du Maroc devrait distinguer deux types d'analyses. Tout d'abord, chaque ministère, encadré si nécessaire par l'organisme de contrôle de la qualité législative, devrait réaliser une analyse préliminaire. Ensuite, et seulement si ladite analyse préliminaire met en évidence un impact réglementaire significatif, une analyse approfondie devrait être envisagée.

La mise en œuvre d'un système d'AIR doit concerner aussi bien la nouvelle réglementation que celle déjà en vigueur. En effet, il semble évident que la non-application de l'AIR à la réglementation déjà existante, pas toujours exempte de dysfonctionnements, risquerait de compromettre sérieusement les avantages qu'il est possible de tirer de la mise en œuvre de l'AIR.

7.2.3. SUR LA PUBLICITÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT RÉGLEMENTAIRE

Le processus d'analyse d'impact de la réglementation devrait être aussi transparent que possible. La méthode employée et les arguments politiques et économiques qui motivent l'analyse devraient être portés à la connaissance du public.

Chaque rapport d'analyse d'impact réglementaire doit également être publié et remis au parlement au moment de la présentation d'un projet de loi. Il doit être rendu public et parfaitement accessible (par ex. sur Internet).

La publicité et la transparence sont le gage d'un système d'analyse d'impact réglementaire efficace puisqu'elles permettent la critique éclairée de tous les secteurs concernés par la réglementation.

BIBLIOGRAPHIE

A) RAPPORTS ET PUBLICATIONS DES INSTITUTIONS PUBLIQUES

- AA VV, *Guide legislative* (accessible en www.legifrance.gouv.fr)
- AA VV, *Best Practice Regulation Handbook y Users Guide*, accessible en <http://www.obpr.gov.au>
- AA VV, *Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, Berlin, 2000 (accessible en Internet en www.staat-modern.de).
- BANQUE MONDIALE, *Évaluation du Climat de l'Investissement au Maroc*, 2005.
- COMMISSION EUROPENNE, *Impact Assessment Guidelines*, SEC 2005 (791), du 15 juin 2005.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, «Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia», d.C. 26 de juillet 2008.
- DELPHI GROUP, *Assessing the Contribution of Regulatory Impact Analysis on Decision Making and the Development of Regulations*, Ottawa, 2000.
- DEPARTMENT OF THE TAOISEACH, *Report on the Introduction of Regulatory Impact Analysis*, Dublin, 2005.
- HER MAJESTY'S TREASURY, *Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, Londres, 2003.
- OECD, *Regulatory Impact Analysis: Best Practice in OECD Countries*, Paris, 1997.
- OECD, *Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory*, avril 2004.
- OFFICE OF FAIR TRADING; *Completing competition assessments in Impact Assessments, A guide for policymakers*, Londres, 2007.

B) LIBRES ET ARTICLES

- BRAITHWAITE, John, *Regulatory Capitalism*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008.
- BRITO, Jerry y DE RUGY, Veronique; *Midnight Regulations and Regulatory Review*, George Mason University, working paper 08-34, septembre, 2008.
- BUCHANAN, James, *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory*; Indianápolis, 1^a ed, 1969.
- BURHGART, Axel, *Die Pflicht zum guten Gesetz*, Berlin, 1996.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley*, Derecho privado y constitución, n° 17, janvier-décembre 2003, pp. 147 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, 1998.

- KEEFER, P. y KNACK, S., *Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of Institutional Explanation*, *Economic Inquiry*, 1997, n° 35, pp. 590-602.
- KIRKPATRICK, Colin y PARKER, David, *Regulatory Impact in Developing Countries*, en Kirkpatrick/Parker, *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *El control jurisdiccional de los defectos de técnica legislativa*, en Pegoraro/Porras (eds.), *Qualità normativa e tecnica legislativa: Europa, Stati, Enti territoriali*, Bologna, 2003.
- NOLL, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Rheinbeck bei Hamburg, 1973.
- OGUS, Anthony, *Towards Appropriate Institutional Arrangements for Regulation in Less Developed Countries*, Working paper n° 119, Centre for Regulation and Competition, University of Manchester, Juin 2005.
- LADEGAARD, Peter, *Measuring RIA quality and performance*, en Kirkpatrick/Parker (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma-USA), 2008, pp. 56 y ss.
- MORGENSTERN, R. D., HARRINGTON, W. y NELSON, P., «On The Accuracy of Regulatory Costs Estimates», *Journal of Public Policy and Management*, n° 19, 2000, pp. 3 y ss.
- FLIEDNER, Ortlieb, *Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze*, Berlin, 2006.
- LÖFSTED, Ragnar, *The swing of the regulatory pendulum in Europe: from precautionary principle to (regulatory) impact assessment*; Brookings Institution, Working paper, mars 2004.

C) PRINCIPAUX SITES D'INTERNET

- FRANCE: www.legifrance.gouv.fr
- ALLEMAGNE: www.staat-modern.de
- AUSTRALIE: www.pc.gov.au
- ROYAUME UNI: www.hm-treasury.gov.uk
- COMMISSION EUROPEENNE: www.europa.eu.int
- ETATS UNIS: www.whitehouse.gov/omb

FORTALECIMIENTO Y MODERNIZACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MARRUECOS
2005 - 2009

